

Publikasi Berkala
Gagasan Konseptual
Kajian Teoritis, dan
Hasil Penelitian

JURNAL ILMU HUKUM

amanna gappa

Vol. 20 Nomor 1, Maret 2012

ISSN 0853 - 1609

HAK LINGKUNGAN (*ENVIRONMENTAL RIGHT*) DAN PERKEMBANGAN *STANDING* DI INDONESIA
A'an Efendi

APLIKASI PSIKOLOGI HUKUM DALAM KOMPETENSI HAK ASUH ANAK
Damang

TELAAH ATAS REFORMA AGRARIA UNTUK KEADILAN DAN KESEJAHTERAAN DALAM TATARAN TEORI KEBENARAN
Asmarani Ramli

ANALISIS KEPRES NO. 36 TAHUN 1990 TERHADAP PERLINDUNGAN ANAK JALANAN DI KOTA-KOTA BESAR INDONESIA
Tri Fenny Widayanti

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP HUBUNGAN KEWENANGAN ANTAR PEMERITAHAN DAERAH
Aswiwin Sirua

PENYEDERHANAAN DAN PEMBENAHAN PARTAI POLITIK MENUJU SISTEM PRESIDENSIALISME YANG IDEAL
Fitrinela Patonangi

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP KONSEP PENIADAAN PIDANA DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA
Ahmad Rifai Rahawarin

PENERAPAN PRINSIP *LEX MERCATORIA* SEBAGAI SALAH SATU SUMBER HUKUM ARBITRASE INTERNASIONAL
Andi Bau Mallarangeng

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR 102/PUU-VII/2009
Romi Librayanto

Teori hukum refleksif oleh Gunther Teubner, mensyaratkan agar evolusi hukum membawa pengaruh, baik internal maupun eksternal hukum. Rematerialisasi hukum harus memerhatikan sistem sosial yang ada, di mana hukum merupakan subsistem dari berbagai subsistem lain dari sistem sosial. Beranjak dari pemikiran tersebut, kehadiran Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraan Indonesia diharapkan mampu menjaga konstitusi. Dengan kewenangan judicial review yang dimilikinya, Mahkamah Konstitusi hendaknya dapat menuntun (setidaknya dengan salah satu cara) evolusi hukum di Indonesia agar hukum mampu menjadi acuan bagi masyarakat Indonesia yang terdiferensiasi secara fungsional.

AMANNA GAPPA

Diterbitkan oleh:
FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS HASANUDDIN
©2012

Amanna Gappa adalah
nama kitab hukum terkenal
yang disusun Matoa (pemimpin)
Wajo bernama Amanna Gappa
tahun 1679 berisikan hukum
laut, pelayaran dan hukum
perdata sebagai pedoman
di kawasan nusantara.

JURNAL ILMU HUKUM

AMANNA GAPPA

JURNAL ILMU HUKUM

Amanna Gappa

Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin

ISSN: 0853-1609

Surat Keputusan Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
Nomor 4212/H4.7/KP.23/2011 tentang Pengelola Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa
Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
Tanggal 15 Juni 2011

Penanggung Jawab	: Prof. Dr. Aswanto, S.H., M.Si., DFM
Ketua Pengarah	: Prof. Dr. M. Guntur Hamzah, S.H., M.H
Wakil Ketua Pengarah	: Prof. Dr. Musakkir, S.H., M.H
Penyunting Pelaksana	: Zulkifli Aspan, S.H., M.H
Sekretaris Penyunting	: Amir Ilyas, S.H., M.H
Dewan Penyunting	: Prof. Dr. Muhammad Ashri, S.H., M.H : Prof. Dr. Faisal Abdullah, S.H., M.H : Prof. Dr. S.M. Noor, S.H., M.H : Dr. Anshori Ilyas, S.H., M.H
Penyunting Penyelia (Ahli)	: Prof. Dr. Abdul Razak, S.H., M.H : Prof. Dr. Alma Manuputty, S.H., M.H : Prof. Dr. Irwansyah, S.H., M.H : Dr. Sudirman Saad, S.H., M.H
Bidang Pengembangan dan informasi	: Romi Librayanto, S.H., M.H : Winner Sitorus, S.H., M.H., LLM : Aulia Rifai, S.H., M.H : Muhammad Aswan, S.H., M.Kn : Tri Fenny Widayanti, S.H., M.H
Tata Usaha dan Distribusi	: Haeranah, S.H., M.H : Muhammad Nursalam, S.H : Kaisaruddin Kamaruddin, S.H : Ismail Alrif, S.H
Tata Letak/Lay Out	: M. Zulfan Hakim, S.H., M.H : Muhammad Ilham Arisaputra, S.H., M.Kn : Ahsan Yunus, S.H
Alamat Redaksi	: Kantor Fakultas Hukum Tamalanrea Jl. Perintis Kemerdekaan KM. 10, Tamalanrea, Makassar, 90245. Telp/Fax: 0411-587219; 081342611688
Website	: jurnalamannagappa.com
E-mail	: admin@jurnalamannagappa.com

Hak Cipta Dilindungi Undang-Undang
Dilarang keras mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini tanpa
Izin tertulis dari penerbit

All rights reserved
Confidential information – Not to be without written permission from publisher

PERSYARATAN NASKAH

Jurnal ILMU HUKUM Amanna Gappa
Terbit Tri Wulan

1. Naskah bersifat ilmiah dan sistematis struktur naskah: Pendahuluan, Pembahasan dan Analisis, serta Penutup, berupa kajian terhadap masalah-masalah yang berkembang (konseptual), relevan dengan bidang-bidang ilmu hukum, gagasan-gagasan orisinal, hasil penelitian/survei, resensi buku atau bentuk tulisan lainnya yang dipandang dapat memberikan kontribusi bagi pengembangan ilmu hukum.
2. Naskah diketik dengan spasi ganda (1,5 spasi), font *Times New Roman* (12) pada ukuran kertas A4 dengan panjang naskah antara 19-20 halaman. Selain print-out, naskah juga disertai file dalam CD-RW, program MS Word.
3. Naskah ditulis dalam bahasa Indonesia baku atau dalam bahasa Inggris yang memenuhi kaedah-kaedah penulisan yang baik dan benar.
4. Setiap kutipan harus dinyatakan sumbernya secara tegas dengan menggunakan teknik pengutipan *Footnote*.
5. Naskah harus dilengkapi dengan Abstrak dalam bahasa Indonesia dan bahasa Inggris. Abstrak maksimal 60 kata, disertai kata kunci.
6. Naskah dilengkapi dengan Daftar Pustaka, terdiri dari: Nama Pengarang, Tahun Terbit, Judul, Tempat/Kota Terbit, dan Nama Penerbit.
7. Melampirkan *Curriculum Vitae* (termasuk alamat e-mail) penulis.
8. Penyunting dapat melakukan penyuntingan pada setiap naskah sebelum dimuat tanpa mengubah substansi naskah.
9. Karya yang dikarenakan suatu hal dan/atau tidak memenuhi persyaratan untuk dimuat, maka naskah tersebut dapat diambil kembali melalui pengelola.

Setiap naskah dapat diantar langsung atau dikirim via e-mail ke:

Alamat Redaksi:

Dapur Jurnal. Lt. 1 Fakultas Hukum
Universitas Hasanuddin. Jln. Perintis
Kemerdekaan KM. 10, Tamalanrea,
Makassar, 90245. Telp/Fax: 0411-
587219; 081342611688.

E-mail: admin@jurnalamannagappa.com

Website: jurnalamannagappa.com

DAFTAR ISI

Jurnal ILMU HUKUM Amanna Gappa
Vol. 20 Nomor 1, Maret 2012

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR 102/PUU-VII/2009 Romi Librayanto.....	1-11
HAK LINGKUNGAN (<i>ENVIRONMENTAL RIGHT</i>) DAN PERKEMBANGAN <i>STANDING</i> DI INDONESIA A'an Efendi.....	13-28
APLIKASI PSIKOLOGI HUKUM DALAM KOMPETENSI HAK ASUH ANAK Damang.....	29-46
TELAAH ATAS REFORMA AGRARIA UNTUK KEADILAN DAN KESEJAHTERAAN DALAM TATARAN TEORI KEBENARAN Asmarani Ramli.....	47-57
ANALISIS KEPRES NO.36 TAHUN 1990 TERHADAP PERLINDUNGAN ANAK JALANAN DI KOTA-KOTA BESAR INDONESIA Tri Fenny Widayanti.....	59-75
PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP HUBUNGAN KEWENANGAN ANTAR PEMERITAHAN DAERAH Aswiwin Sirua.....	77-89
PENYEDERHANAAN DAN PEMBENAHAN PARTAI POLITIK MENUJU SISTEM PRESIDENSIALISME YANG IDEAL Fitrinela Patonangi.....	91-107
PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP KONSEP PENIADAAN PIDANA DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA Ahmad Rifai Rahawarin.....	109-123
PENERAPAN PRINSIP <i>LEX MERCATORIA</i> SEBAGAI SALAH SATU SUMBER HUKUM ARBITRASE INTERNASIONAL Andi Bau Mallarangeng.....	125-136

DARI REDAKSI

Salam Hormat,

Puji syukur kami panjatkan atas kehadiran Allah swt atas segala limpahan rahmat dan nikmat-Nya. Setelah melalui serangkaian proses penyuntingan oleh redaksi, alhasil Jurnal Ilmu Hukum AMANNA GAPPA Volume 20 Nomor 1, Maret 2012 kembali hadir di hadapan pembaca.

Pada edisi kali ini, redaksi memuat 9 (sembilan) buah tulisan yang kadar aktualitasnya pun beragam, sebagaimana latar belakang penulis. Antara lain, oleh Romi Librayanto, S.H., M.H., Dosen Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin dengan tulisannya, “*Perspektif Hukum Refleksif Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 102/PUU-VII/2009.*” Di mana penulis mencoba menganalisa Putusan Mahkamah Konstitusi terkait Pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden dengan mengacu pada teori hukum refleksif oleh Gunther Teubner. Selain itu, masih ada sejumlah tulisan menarik lainnya yang juga tersaji pada edisi kali ini.

Akhir kata, kehadiran jurnal ini tentunya masih jauh dari kesempurnaan. Olehnya itu, segala masukan, kritik dan saran konstruktif dari segenap pembaca sangat diharapkan untuk mengisi kekurangan yang dijumpai dalam edisi kali ini.

Selamat Membaca.

Tim Penyunting

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR 102/PUU-VII/2009

Oleh:

Romi Librayanto

Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin

E-mail: romi_indonesia@yahoo.co.id

Abstract: *Theory of reflexive law by Gunther Teubner requires that legal evolution influence both internal and external legal. Rematerialisasi law must take the existing social system, in which the law is a subsystem of the various other subsystems of the social system. The presence of the Constitutional Court should be able to keep the constitution that the law does not conflict with the constitution. With its powers of judicial review, the Constitutional Court should be guided (at least in some way) the evolution of the law in Indonesia that the law can become a reference for the Indonesian people who are functionally differentiated.*

Keywords: *Reflexive Law, Constitutional Court*

Abstrak: *Teori hukum refleksif oleh Gunther Teubner, mensyaratkan agar evolusi hukum membawa pengaruh, baik internal maupun eksternal hukum. Rematerialisasi hukum harus memerhatikan sistem sosial yang ada, di mana hukum merupakan subsistem dari berbagai subsistem lain dari sistem sosial. Kehadiran Mahkamah Konstitusi diharapkan mampu untuk menjaga konstitusi agar undang-undang tidak bertentangan dengan konstitusi. Dengan kewenangan judicial review yang dimilikinya, Mahkamah Konstitusi hendaknya dapat menuntun (setidaknya dengan salah satu cara) evolusi hukum di Indonesia agar hukum mampu menjadi acuan bagi masyarakat Indonesia yang terdiferensiasi secara fungsional.*

Kata Kunci: *Hukum Refleksif, Mahkamah Konstitusi*

PENDAHULUAN

Pemilihan Umum untuk memilih anggota DPR Tahun 2009 dilaksanakan pada tanggal 9 April 2009. KPU sepakat menjadikan penetapan hasil pemilu legislatif yang diumumkan pada 9 Mei 2009 sebagai dasar untuk pendaftaran calon presiden dan wakil presiden oleh partai yang memenuhi syarat. Pemilu presiden dan wakil presiden tahun 2009 dilaksanakan pada tanggal 8 Juli 2009 dan bila ada putaran kedua akan dilangsungkan pada 8 September 2009.

Pada tanggal 16 Juni 2009, Refly Harun dan Maheswara Prabandono mengajukan permohonan dengan surat permohonannya bertanggal 16 Juni 2009 yang diterima dan terdaftar di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 24 Juni 2009, dengan registrasi perkara Nomor 102/PUU-VII/2009. Pasal yang

diujikan adalah Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (selanjutnya disingkat dengan UU Pilpres), mengenai Daftar Pemilih Tetap (DPT). Pasal 28 berbunyi “Untuk dapat menggunakan hak memilih, Warga Negara Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 harus terdaftar sebagai Pemilih”. Lalu, Pasal 111 ayat (1) yang berbunyi “Pemilih yang berhak mengikuti pemungutan suara di TPS meliputi: a.) pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tetap pada TPS yang bersangkutan; dan b.) pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tambahan”.

Pemohon menyatakan bahwa dua pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28D ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945). Alasan pemohon, Pasal *a quo* menyebabkan seorang warga negara kehilangan hak memilihnya ketika tidak terdaftar sebagai pemilih atau tidak tercantum dalam DPT. Hal ini oleh Pemohon dinilai sangat tidak adil.

Selanjutnya, Rapat Permusyawaratan Hakim yang dihadiri oleh sembilan Hakim Konstitusi pada hari Senin, tanggal 6 Juli 2009, dan diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari itu juga, Senin, tanggal 6 Juli 2009, MK mengeluarkan putusan. Dalam sidang putusannya, MK berpendapat hak memilih dan dipilih adalah hak yang dijamin konstitusi, undang-undang, dan konvensi internasional. MK menimbang hak tersebut, merupakan hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara. Bahwa DPT adalah prosedur administratif yang tidak boleh menegasikan hak substantif warga negara untuk memilih (*right to vote*) dan dipilih (*right to be candidate*).

Mahkamah Konstitusi merasa tidak perlu lagi mendengar keterangan pemerintah berdasarkan ketentuan Pasal 54 UU MK dan berdasarkan pertimbangan urgensi perkara ini mendekati pelaksanaan pemilu. Karena itu, dalam konklusinya, Mahkamah berkesimpulan bahwa permohonan para Pemohon terhadap Pasal 28 dan Pasal 111 UU 42/2008 beralasan hukum. Namun Mahkamah menilai bahwa permohonan para Pemohon adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) sepanjang tidak menghilangkan hak pilih warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dalam Pemilu Presiden dan Wakil Presiden. Selain itu, dalam amarnya MK juga mengatur syarat dan cara yang harus dipenuhi bagi warga negara indonesia yang tidak terdaftar dalam DPT apabila akan menggunakan hak pilihnya.

Amar putusan MK mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian, menyatakan Pasal 28 dan Pasal 111 UU 42/2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 176, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4924) adalah konstitusional sepanjang diartikan mencakup warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dengan syarat dan cara sebagai berikut:¹

¹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 102/PUU-VII/2009

1. Selain Warga Negara Indonesia yang terdaftar dalam DPT, Warga Negara Indonesia yang belum terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan menunjukan Kartu Tanda Penduduk (KTP) yang masih berlaku atau Paspor yang masih berlaku bagi Warga Negara Indonesia yang berada di luar negeri;
2. Warga Negara Indonesia yang menggunakan KTP harus dilengkapi dengan Kartu Keluarga (KK) atau nama sejenisnya;
3. Penggunaan hak pilih bagi Warga Negara Indonesia yang menggunakan KTP yang masih berlaku hanya dapat digunakan di Tempat Pemungutan Suara (TPS) yang berada di RT/RW atau nama sejenisnya sesuai dengan alamat yang tertera di dalam KTP-nya;
4. Warga Negara Indonesia sebagaimana disebutkan dalam angka 3 di atas, sebelum menggunakan hak pilihnya, terlebih dahulu mendaftarkan diri pada KPPS setempat;
5. Warga Negara Indonesia yang akan menggunakan hak pilihnya dengan KTP atau Paspor dilakukan pada 1 (satu) jam sebelum selesainya pemungutan suara di TPS atau TPS Luar Negeri setempat.

Selain dari hal tersebut di atas, proses persidangan permohonan uji materiil terhadap Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) Undang-Undang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden berlangsung cepat hanya dalam tempo satu hari persidangan pada tanggal 6 Juli 2009.

Beberapa kalangan menganggap bahwa Mahkamah Konstitusi telah membuat keputusan yang tidak tepat, melanggar prosedur, dan membuat pelaksanaan pemilu akan karut-marut. *Pertama*, jelas membuat repot Komisi Pemilihan Umum (KPU) yang sebelumnya masih sibuk dengan masalah logistik pemilu yang sampai sekarang urung selesai penyediaannya di lapangan. KPU perlu melakukan sosialisasi kembali mengenai keputusan Mahkamah Konstitusi ini. *Kedua*, dari sekian putusan Mahkamah Konstitusi, agaknya inilah yang merupakan putusan paling cepat diputuskan untuk mencari solusi atas permasalahan pemilu. *Ketiga*, putusan Mahkamah Konstitusi ini terkesan merupakan putusan “pengaman” bagi KPU di tengah maraknya kekisruhan DPT yang ditemukan partai politik, LSM dan tim sukses capres-cawapres. *Keempat*, bila melihat putusan Mahkamah Konstitusi tentang diperbolehkannya penggunaan KTP dan Paspor untuk mendapatkan hak pilih sebenarnya tidak semudah yang dibayangkan. Dalam artian, warga yang memiliki KTP dan Paspor tinggal datang ke Tempat Pemungutan Suara (TPS), maka didapatlah hak pilih. Untuk mendapatkan hak pilih warga harus terdaftar di KPPS sebelum pemungutan suara dilangsungkan, bila tidak seperti itu jangan harap anda mendapatkan kartu suara seperti yang diamanatkan pada poin ke empat putusan MK soal KTP dan Paspor. *Kelima*, masalah akan menimpa KPPS akibat dari adanya putusan MK soal KTP dan Paspor tersebut. Diperbolehkannya KTP dan Paspor akan menambah jumlah pemilih yang selama ini dianggap sebagai pemilih siluman (*ghost*

voters), padahal jumlah kartu suara cadangan yang disediakan oleh KPU sangat terbatas.²

Beranjak dari pemikiran tersebut di atas, tulisan ini akan mencoba untuk menganalisis putusan MK tersebut melalui Teori Hukum Refleksi dari Gunther Teubner.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Demokrasi dan Kedaulatan Rakyat

Juan J. Linz dan Alfred Stepan mengungkapkan bahwa konsolidasi demokrasi bukan hanya mempersyaratkan dilangsungkannya pemilu yang bebas dan berjalannya mekanisme pasar. Salah satu syaratnya ialah adanya masyarakat sipil yang otonom dan diberikan jaminan-jaminan hukum untuk berorganisasi dan menyatakan pendapat.³

Namun di sisi yang lain, ketika praktek demokrasi sudah dilaksanakan, sering dijumpai kekecewaan-kekecewaan sebagian masyarakat yang tidak puas terhadap pelaksanaan pemilihan umum tersebut. Sebagai contoh, pemilihan umum untuk memilih presiden dan wakil presiden Republik Indonesia pada tahun 2009. Contoh yang paling faktual adalah kekisruhan tentang banyaknya warga negara yang hilang hak memilihnya karena tidak terdaftar di dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT). Hal ini senada dengan pendapat Harold Crouch yang mengatakan, “...*Indonesia's political system still fell short of ideal democratic standards but it progress towards democratization had been enormous.*”⁴

Dalam konstelasi demikian, kemudian mengkonklusikan kekecewaan masyarakat terhadap pelaksanaan pemilihan secara langsung sebagai sebuah persengketaan yang memerlukan kepastian hukum. Sehingga payung hukum yang menjamin semua persengketaan di dalam pelaksanaan pemilihan presiden dan wakil presiden yang dilaksanakan secara langsung bisa diselesaikan dengan sebaik dan seadil mungkin.

Peranan lembaga yudikatif sangat diperlukan dalam menyelesaikan permasalahan, termasuk pemilihan umum. Karena salah satu tuntutan reformasi adalah terciptanya negara hukum yang demokratis, di mana menempatkan hukum pada posisi yang tertinggi yang harus dipatuhi oleh setiap warga negara. Jika ada permasalahan maka keputusan hukumlah yang menjadi pedoman tertinggi yang harus dijalankan. Salah satu bentuk putusan hukum adalah putusan pengadilan.⁵

Diskursus mengenai wewenang pengadilan dalam menyelesaikan kisruh Daftar Pemilih Tetap (DPT) dalam pemilihan presiden dan wakil presiden yaitu pengadilan sebagai

2 Implikasi Paska Putusan MK Soal KTP dan Paspor, <http://kanalpemilu.net>, Senin, 6 Juli 2009, akses tanggal 10 Juli 2009, pukul 11.10 Wita.

3 Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia Dalam Transisi Politik di Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2008, hlm. 372

4 Harold Crouch, dalam Satya Arinanto, *Politik Hukum 3*, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2001, hlm. 356

5 Majalah Komisi Hukum Nasional, Vol. 8, N.2, Maret-April 2008, hlm. 15

cabang kekuasaan negara diharapkan dapat bertindak netral dan imparial. Kalau pengadilan tidak lagi imparial maka selesailah sudah, mengacaukan seluruh bangunan hidup bernegara, mengacaukan keinginan rakyat untuk membangun negara yang demokratik.⁶ Koffi A. Annan mengatakan:

*“All States, but small states especially, have an interest in maintaining an international order based on something better than the grim maxim that ‘might is right’---based, in fact, on general principles of law, which give the same right to the weak as to the strong.”*⁷

Dengan adanya ketentuan Pasal 28 dan 111 ayat (1) UU Pilpres yang menyebabkan seorang warga negara kehilangan hak memilih ketika tidak mendaftar sebagai pemilih atau tidak tercantum dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT), hal ini dianggap tidak adil. Di satu sisi, UU Pilpres memberikan kewajiban untuk mendaftar semua warga yang telah berusia 17 tahun dan/atau sudah pernah kawin kepada penyelenggara pemilu. Namun, di sisi lain, bila penyelenggara Pemilu lalai mendaftarkan seorang warga negara yang telah memiliki hak memilih, warga negara yang bersangkutan kehilangan hak memilihnya.

Pemilihan umum atau pemilu merupakan sarana berdemokrasi bagi warga negara dan merupakan hak warga negara yang dijamin oleh konsitusi, yaitu hak atas kesempatan yang sama dalam hukum dan pemerintahan sebagaimana diatur dalam UUD 1945 yang menyatakan, “Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”, dan “Setiap orang berhak atas pengakuan jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”, serta prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*).

Hilangnya hak memilih dari warga negara, secara tidak langsung negara telah melanggar hak-hak asasi manusia yang sedang gencar-gencarnya didengungkan oleh sebagian besar negara-negara di dunia, berupa hak untuk dipilih dan hak untuk memilih.⁸ ... *The government seemed ready to adopt some kind of human right policy, despite the fact that many suspected the government's sincerity.*”

Pasal 28 dan Pasal 111 UU Pilpres hanya memberikan hak tersebut pada warga negara yang sudah terdaftar dalam DPT atau dalam Daftar Pemilih Tambahan. Warga negara yang telah memenuhi syarat untuk memilih, tetapi belum terdaftar dalam DPT telah dirugikan atas keberlakuan pasal dalam undang-undang tersebut. Sehingga dipastikan apabila tidak diajukannya *judicial review* atas pasal tersebut, maka tidak bisa menggunakan haknya dalam Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden.

⁶ *Ibid*, hlm. 16

⁷ Kofi A. Annan, dalam Satya Arinanto, *Politik Hukum 3, Op.Cit.*, hlm. 242

⁸ Todung Mulya Lubis, dalam Satya Arinanto, *Politik Hukum 2*, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2001, hlm. 211

Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Bingkai Teori Hukum Refleksif dari Gunther Teubner

Dalam kondisi seperti ini, sangat diperlukan sebuah pegangan bagi seluruh komponen bangsa untuk menyelesaikan permasalahan DPT tersebut. Di satu sisi, memilih presiden dan wakil presiden merupakan hak konstitusional warga negara. Namun di sisi lain, kendala teknis dan administrasi akan menyebabkan hilangnya hak pilih dari warga negara. Oleh karena itu, ada baiknya jika kita kembali mengkaji mengenai “teori hukum refleksif” dari Gunther Teubner.

Istilah “Hukum refleksif” pertama kali diperkenalkan kembali pada tahun 1982 oleh Gunther Teubner.⁹ Secara ringkas dapat dikatakan bahwa rematerialisasi hukum adalah kecenderungan di bidang hukum dari rasionalitas formal ke rasionalitas substantif, atau pemisahan dari formalitas hukum sebagai konsekuensi logis paham negara kesejahteraan (*welfare state*) maupun negara pengatur (*regulatory state*).¹⁰

Rogowski menyebutkan bahwa:

*“Reflexive law theory has initially been proposed by Gunther Teubner as a neo-evolutionary theory of law in society. It refers to a new evolutionary stage of law, in which law ‘realizes its systemic limits with respect to regulation of other social systems.’”*¹¹

Jika melihat dari ulasan Rogowski, maka kondisi di Indonesia sangat memungkinkan dan sesuai dengan apa yang akan dituju oleh hukum refleksif. Kehidupan masyarakat yang semakin kompleks akan mengarahkan kepada tiga tahap perkembangan masyarakat, sebagaimana yang dikemukakan oleh Luhmann dan Habermas,¹² yaitu:

1. Masyarakat tersegmentasi (*segmented society*) yang hidup secara berkelompok atau terpencar yang dihubungkan oleh kekerabatan yang kuat, meski tidak memiliki struktur kenegaraan;
2. Masyarakat yang terstrata (*stratified society*) secara bertingkat serta;
3. Masyarakat yang terdiferensiasi (*differentiated society*) secara fungsional.

Dalam konteks penulisan ini, masyarakat yang terdiferensiasi di Indonesia telah membentuk hukum dan melakukan pengaturan terhadap diri sendiri. Yang terjadi kemudian

9 Galf-Peter Calliess, *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide To An Autonomous Legal System*, 2001, hlm. 2-3, <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=109>, Akses 21 Juli 2012, Pukul 21.52 Wita, dengan merujuk pada karya G. Teubner, *Reflexives Recht*, ARCHIV FÜR RECHTS- UND SOZIALPHILOSOPHIE, 1982.

10 *Hukum dan Masyarakat*, <http://sandtya.student.umm.ac.id/2010/01/29/hukum-dan-masyarakat/>, hal. 1, akses tanggal 17 Juli 2012, pukul 20.01 wita.

11 Stijn Smismans, *Reflexive law in support of directly deliberative polyarchy: Reflexivede liberative polyarchy as a normative frame for the OMC*, hlm. 2, <http://www.smismans.eu/pdf/RDP%20Simon%20Olivier%20final.incl.pdf>, Akses 21 Juli 2012, Pukul 22.05 Wita.

12 George Ritzer-Douglas J. Goodman, 2003. *Teori Sosiologi Modern*, (Terj. Alimandan), Prenada Media, Jakarta, 2004, hal. 241

adalah para pembuat undang-undang (DPR dan Presiden) merumuskan aturan dengan mengacu kepada cara berpikir pembuat aturan sendiri. Kemudian, para pelaksana aturan (KPU) juga melakukan upaya dalam rangka pemenuhan aturan tersebut dengan sudut pandang yang mengacu pada cara berpikir pelaksana aturan. Sedangkan kelompok masyarakat yang akan dikenai aturan tersebut (warga negara yang memiliki hak pilih), juga memiliki pola sosial yang berbeda dengan pembuat aturan dan pelaksana aturan.

Di sinilah terjadi suatu keadaan “benturan antara keinginan dengan kondisi hukum yang ada.” Di satu sisi, UU Pilpres memberikan kewajiban untuk mendaftarkan semua warga yang telah berusia 17 tahun dan/atau sudah pernah kawin kepada penyelenggara pemilu. Namun, di sisi lain, bila penyelenggara Pemilu lalai mendaftar seorang warga negara yang telah memiliki hak memilih, warga negara yang bersangkutan kehilangan hak memilihnya.

Dalam sebuah model evolusi hukum yang dikembangkan oleh Nonet dan Selznick,¹³ Nonet dan Selznick menganalisis sebuah model mengenai proses perubahan hukum yang membebaskan aturan yang berpusat pada “dinamika internal” sistem hukum. Dengan model ini maka aturan-aturan hukum hanya berada pada penguatan-penguatan yang mengatur di dalam lingkungan hukum itu sendiri saja. Hal ini berarti bahwa rematerialisasi hukum ini hanya memperbaiki kondisi hukum itu saja, terlepas dari apakah hukum itu mempunyai dampak yang langsung atau tidak kepada berbagai masalah lain seperti ekonomi, masyarakat, dan budaya. Penguatan yang berpusat pada hukum ini akan memperkuat bentuk hukum yang ada pada sisi pembuat hukum itu sendiri sehingga kecenderungan yang akan muncul adalah hukum akan sulit diterima secara menyeluruh oleh masyarakat sebab orientasi yang dimuat dalam model ini hanya akan menjadikan hukum sebagai poduk yang otonom.

Oleh karena itu, Pendekatan neo-evolusioner dengan hukum refleksif oleh Teubner diarahkan kepada satu perspektif proses perubahan hukum dan sosial. Menurut teori Nonet dan Selznick dalam menggunakan hukum tidak banyak memasukkan campur tangan masyarakat sehingga hukum hanya berkembang tanpa masyarakat. Melalui rematerialisasi hukum, perlu dilakukan perubahan dalam hukum dan masyarakat yang bersifat evolusioner dimana hukum dapat bekerjasama dengan gambaran-gambaran sosial, ekonomi dan organisasi politik dalam suatu masyarakat. Dengan demikian, hubungan antara struktur-struktur hukum dan sosial akan membantu untuk memahami transformasi dalam masyarakat.

Ketika dikaji secara detail, maka akan dapat diperoleh persamaan dan perbedaan antara gagasan Luhmann dan Habermas dengan Nonet dan Selznick. Persamaannya adalah keduanya mengusung pola perubahan/evolusi. Sedangkan perbedaannya adalah perubahan-perubahan hukum yang ditawarkan oleh Nonet dan Selznick bersandar pada variabel-variabel

13 Nonet, Philippe dan Philip Selznick, 1978. *Hukum Responsif Pilihan di Masa Transisi*, (Terj. Rafael Edy Bosco), HuMa, Jakarta, 2003.

internal sistem hukum, sementara Habermas dan Luhmann menekankan pada inter-relasi eksternal antara hukum dan struktur sosial. Dan, Teubner berupaya untuk mempertemukan kedua pendapat tersebut.

Dalam kasus pengujian Pasal 28 dan Pasal 111 UU 42/2008, Mahkamah Konstitusi ternyata menyatakan Pasal 28 dan Pasal 111 UU 42/2008 tersebut tidaklah “inkonstitusional”, Mahkamah Konstitusi justru malah mengukuhkan keberadaan Pasal 28 dan Pasal 111 UU 42/2008 dengan menyatakan bahwa kedua Pasal tersebut adalah Konstitusional. Mahkamah Konstitusi kemudian menetapkan lima syarat konstitusionalitas Pasal 28 dan Pasal 111 UU 42/2008 tersebut sebagaimana yang telah dipaparkan pada bagian latar belakang dari tulisan ini. Artinya, dengan menetapkan lima syarat konstitusionalitas Pasal 28 dan Pasal 111 UU 42/2008, Mahkamah Konstitusi menempatkan diri sebagai lembaga penafsir Undang-Undang dan mempunyai kewenangan untuk membuat norma perundang-undangan.

Jika dikaitkan dengan konsep neo-evolusi hukum yang refleksif dari Teubner, maka yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi merupakan sesuatu yang sangat luar biasa. Selain hukum itu mengubah dirinya sendiri dan memengaruhi sistem hukum, juga hukum itu mampu untuk menjangkau variabel-variabel eksternal dari hukum. Tidak ada satupun variabel eksternal dari hukum yang merasa tidak sejalan dengan apa yang telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi. Putusan ini juga dijatuhkan hanya beberapa jam setelah sidang pemeriksaan pendahuluan yang dilaksanakan. Mahkamah Konstitusi tidak mendengarkan keterangan dari pemerintah, Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), maupun ahli.

Mahkamah Konstitusi Menimbang bahwa terhadap permohonan para Pemohon, Mahkamah memandang tidak perlu mendengar keterangan Pemerintah maupun Dewan Perwakilan Rakyat, karena hal tersebut dimungkinkan menurut Pasal 54 UU MK. Adapun bunyi selengkapanya Pasal 54 UU MK adalah:

“Mahkamah Konstitusi dapat meminta keterangan dan/atau risalah rapat yang berkenaan dengan permohonan yang sedang diperiksa kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, dan/atau Presiden.”

Selain itu, mengingat urgensi dari perkara ini telah mendekati pelaksanaan Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, maka keperluan untuk diputus secara cepat pada hari yang sama sejak perkara *a quo* diperiksa dimungkinkan oleh ketentuan Pasal 45 ayat (9) UU MK, yang menyatakan bahwa:

“Putusan Mahkamah Konstitusi dapat dijatuhkan pada hari itu juga atau ditunda pada hari lain yang harus diberitahukan kepada para pihak.”

Dalam pertimbangannya, Mahkamah Konstitusi menilai bahwa hak untuk memilih telah ditetapkan sebagai hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara. Hak konstitusional itu tak boleh dihambat oleh berbagai ketentuan dan prosedur administratif,

sehingga perlunya suatu solusi untuk melengkapi Daftar Pemilih Tetap (DPT) sehingga penggunaan hak pilih warga tidak terhalangi. Bagi Mahkamah Konstitusi, pemutakhiran data oleh KPU bukan solusi yang tepat mengingat waktu yang tersisa sangat terbatas. Karena itu, penggunaan KTP atau paspor bagi pemilih yang terdapat di luar negeri merupakan alternatif paling aman untuk melindungi hak warga.¹⁴

Gralf,¹⁵ menerangkan 3 (tiga) pengertian dari hukum refleksi, yaitu:

1. *In the context of law reflexivity could be “making laws on law-making”, “adjudicating on adjudication”, or “regulating self-regulation”. It is obvious, that the focus of Reflexive Law in this context is rather on procedural than on substantive law, or as HLA Hart put it, on secondary rather than on primary rules. It follows, that the term Reflexive Law on the level of norms marks rules of competence and jurisdiction, of form and of procedure, all of which constitute the communicative processes by which society (including law) is regulating itself. In other words, Reflexive Law deals with Constitutions in a broad, non-technical sense.*
2. *Another meaning of reflexive is “marked by or capable of reflection”, referring to reflexion in its philosophical meaning of “introspective contemplation or consideration of some subject matter”. In a nutshell, decision-making in a reflexive legal system shall be marked by thorough deliberation or reasoning as well as by reflection on the specific function and limits of law in modern society. Teubner suggests, that such reflection would lead to a non-interventionist model of the State.*
3. *Finally, a third meaning of reflexive is “a relation that exists between an entity and itself”, ie a concept of self-reference. Another example is the strange interrelation between statute and judgement, where the binding act of law making produces the court decision, which at the same time by means of interpretation in the hermeneutic circle produces and reproduces the norm.*

Pada pengertian yang pertama, Mahkamah Konstitusi telah mampu menjadikan konstitusi sebagai pijakan dalam bertindak, dan mampu meletakkan UU Pilpres dalam konteks di mana UU tersebut diberlakukan. Pada pengertian yang kedua, Mahkamah Konstitusi berhasil menjadikan UU Pilpres tetap berada pada posisi yang tidak “inkonstitusional”, Dengan membolehkan penggunaan KTP dalam memilih presiden dan wakil presiden, maka tahapan pemilihan presiden tetap berjalan sesuai jadwal yang telah disepakati bersama, dan warga yang ingin memilih menjadi terwadahi. Sedangkan pada pengertian yang ketiga, Mahkamah Konstitusi telah memulai pola produksi dan reproduksi norma melakukan interpretasi terhadap norma, yang membuat terjadinya sinergitas antara norma.

Kemudian, jika kita mengacu kepada “*Types and Dimensions of Modern Legal Rationality*” yang digambarkan oleh Teubner,¹⁶ pada dimensi *Internal Structure of Law*, tipe refleksifnya

14 Dikutip dari www.dizaralfarizi.blog.com dengan judul posting *Implikasi Dan Implementasi Putusan Mk No. 102/Puu-Vii/2009 Terhadap Hak Konstitusional Warga Negara Indonesia* yang ditulis oleh Muhammad Bahrul Ulum dan Dizar Al Farizi yang diakses pada tanggal 29 Maret 2009.

15 Gralf-Peter Calliess, *Op.Cit*

16 Lihat Gunther Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, *Law and Society Review*

adalah berorientasi pada prosedur, yaitu orientasi hubungan antara struktur institusi dan proses pengambilan keputusan. Dalam hal ini dapat dikatakan bahwa Mahkamah Konstitusi sebagai “*the guardian of the constitution*” telah mampu menunjukkan kinerjanya yang betul-betul kokoh dalam mempertahankan hak-hak warga negara. Mahkamah Konstitusi tidak lagi menafsirkan DPT dengan kaku, tetapi Mahkamah Konstitusi telah membuat penafsiran yang lebih luas, sebagaimana tercantum dalam putusannya, yang membuat warga negara menjadi tidak kehilangan haknya untuk memilih Presiden dan Wakil Presiden.

PENUTUP

Kesimpulan

Mahkamah Konstitusi, baik sebagai suatu badan peradilan maupun dilihat dari Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009, telah sesuai dengan semangat hukum refleksif. Setelah pengujian (*judicial review*) atas Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden yang kemudian diputuskan berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 102/PUU-VII/2009, terlihat beberapa hal yang sejalan dengan teori hukum refleksif dari Teubner.

Beberapa hal yang menunjukkan bekerjanya teori hukum refleksif dari Teubner adalah sebagai berikut: Pertama, Tidak ada satupun variabel eksternal dari hukum yang merasa tidak sejalan dengan apa yang telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi. Kedua, Putusan Mahkamah Konstitusi telah memenuhi 3 (tiga) pengertian hukum refleksif dari Glarf. Ketiga, Mahkamah Konstitusi telah mampu menunjukkan hal yang sejalan dengan *Types and Dimentions of Modern Legal Rationality*, khususnya pada dimensi *Internal Structure of Law*, yang dikembangkan oleh Teubner.

Saran

1. Dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, hendaknya diperhatikan faktor-faktor internal dan eksternal dari hukum.
2. Dalam menjalankan atau menerapkan norma yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan, hendaknya para pelaksana dapat memberikan penyesuaian-penyesuaian dari apa yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan, sehingga dapat lebih sesuai dengan gambaran sosial yang ada.
3. Dalam memutuskan perkara, hendaknya para hakim mampu untuk menggali gambaran sosial yang terdapat dalam masyarakat, sehingga aturan yang terdapat dalam berbagai peraturan perundang-undangan bisa lebih memiliki legitimasi dan daya ikat yang kuat.

DAFTAR PUSTAKA

- George Ritzer-Douglas J. Goodman, 2003. *Teori Sosiologi Modern*, (Terj. Alimandan), Prenada Media, Jakarta, 2004.
- Gunther Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, Law and Society Review Journal, Volume 17, Number 2, 1983.
- Nonet, Philippe dan Philip Selznick, 1978. *Hukum Responsif; Pilihan di Masa Transisi*, (Terj. Rafael Edy Bosco), HuMa, Jakarta, 2003.
- Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia Dalam Transisi Politik Di Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2008
- _____, *Politik Hukum 2*, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2001
- _____, *Politik Hukum 3*, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2001

Sumber lainnya:

- Grahl-Peter Calliess, *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide To An Autonomous Legal System*, 2001. Diakses melalui alamat website: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=109>.
- Muhammad Bahrul Ulum dan Dizar Al Farizi, *Implikasi Dan Implementasi Putusan MK No. 102/Puu-Vii/2009 Terhadap Hak Konstitusional Warga Negara Indonesia*. Diakses melalui alamat website: www.dizaralfarizi.blog.com
- Majalah Komisi Hukum Nasional, Vol. 8, N.2, Maret-April 2008
- Stijn Smismans, *Reflexive law in support of directly deliberative polyarchy: Reflexive deliberative polyarchy as a normative frame for the OMC*. Diakses melalui alamat website: <http://www.smismans.eu/pdf/RDP%20Simon%20Olivier%20final.incl.pdf>

HAK LINGKUNGAN (*ENVIRONMENTAL RIGHT*) DAN PERKEMBANGAN *STANDING* DI INDONESIA

Oleh:

A'an Efendi

Fakultas Hukum Universitas Jember

E-mail: effendi_hukum@yahoo.com

Abstract: *The enviromental has right which refer to enviromental right. Although enviromental is inanimate object which couldn't to claim it's right, if the right has break. Enviromental organizzation (OLH), government/local government and citizenship give standing by the law for defend enviromental rights had violence. Enviromental organization, center government or local government and citizenship act for and by the name of enviromental claim to the couts to restoration enviromental rights which had violence.*

Keywords: *Environmental Right, Standing*

Abstrak: *Lingkungan memiliki hak yang disebut dengan hak lingkungan. Meskipun demikian, lingkungan sebagai objek inanimatif tidak dapat menuntut haknya jika haknya tersebut dilanggar. Organisasi lingkungan hidup, pemerintah/pemerintah daerah dan warga negara oleh hukum diberikan standing untuk mempertahankan hak-hak lingkungan yang dilanggar. Organisasi lingkungan hidup, pemerintah pusat atau pemerintah daerah dan warga negara bertindak untuk dan atas nama lingkungan mengajukan gugatan di pengadilan untuk memulihkan hak lingkungan yang dilanggar.*

Kata Kunci: *Hak Lingkungan, Standing*

PENDAHULUAN

Kehidupan manusia tidak akan pernah lepas dari lingkungan. Eksistensi kehidupan manusia sangat tergantung kepada lingkungan. Lingkungan telah menyediakan secara cuma-cuma berbagai kebutuhan bagi manusia yang merupakan syarat mutlak agar manusia dapat mempertahankan kehidupannya. Lingkungan menyediakan air, udara dan sinar matahari yang adalah kebutuhan mutlak manusia. Tanpa air dan udara maka niscaya akan ada kehidupan manusia.¹

Mengingat eksistensi lingkungan sangat penting bagi kehidupan manusia, maka kelestariannya harus dijaga dan dipertahankan. Lingkungan yang baik dan sehat adalah *conditio sine quanon* untuk mewujudkan kehidupan manusia yang baik dan sehat pula. Melalui Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD NRI 1945) negara memberikan jaminan kepada setiap untuk memperoleh hak atas lingkungan hidup yang baik

¹ A'an Efendi, *Hak Atas Lingkungan Hidup yang Baik dan Sehat Serta Prosedur Pelaksanaannya*, Jurnal Konstitusi Pusat Kajian Konstitusi Universitas Jember, Volume III No.2, November 2011, h. 31-32.

dan sehat dalam rangka mempertahankan kehidupannya yang berkualitas.² Jaminan hak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat tidak hanya dikenal di Indonesia namun sudah merupakan ketentuan yang bersifat universal.³

Untuk mewujudkan hak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat maka lingkungan harus dijaga kelestariannya dan lingkungan tidak boleh dicemari atau dirusak. Berdasar ketentuan Pasal 67 Undang-Undang No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (UUPPLH) menetapkan bahwa setiap orang berkewajiban untuk memelihara kelestarian fungsi lingkungan hidup serta mengendalikan pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup.

Apakah dibalik kewajiban setiap orang untuk memelihara kelestarian fungsi lingkungan dan mengendalikan pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan ada hak lingkungan untuk dipelihara kelestariannya dan dicegah dari terjadinya pencemaran dan/atau kerusakan. Jika benar lingkungan memiliki hak, lantas bagaimana lingkungan mempertahankan haknya jika haknya tersebut dilanggar mengingat lingkungan adalah objek inanimatif yang tidak bisa bertindak untuk mempertahankan haknya. Disinilah hukum memberikan *standing* kepada organisasi lingkungan hidup (OLH), pemerintah/pemerintah daerah dan warga negara untuk bertindak atas nama lingkungan jika hak lingkungan dilanggar.

Tulisan ini membahas tentang hak lingkungan dan perkembangan *standing* di Indonesia yang mencakup *standing* OLH, *standing* pemerintah/pemerintah daerah dan *standing* warga negara.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Hak Lingkungan

a. Subyek Hak

Sebelum membahas hak lingkungan terlebih dahulu dibahas tentang subyek hak. Subyek hak berkaitan dengan pertanyaan siapakah subyek yang dapat memiliki hak? apakah manusia saja yang dapat menjadi subyek hak ataukah termasuk hewan, apakah objek-objek inanimatif seperti lingkungan (hutan, laut, sungai, dan lain-lain) atau generasi mendatang yang belum ada juga memiliki hak?

2 Pasal 28H ayat (1) UUD 1945 menyatakan: "Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta memperoleh pelayanan kesehatan". Pasal 65 ayat (1) UUPPLH menyatakan: "Setiap orang berhak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat sebagai bagian dari hak asasi manusia".

3 A'an Efendi, *Op.cit*, h.32. Pembahasan tentang hak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat berdasarkan Konstitusi Amerika Serikat, Belanda, Rusia, Spanyol, Portugal, Jepang, Thailand dan Filipina dapat dibaca pada A'an Efendi, *Hak Atas Lingkungan Hidup Yang Baik dan Sehat dalam UUD 1945 dan Perbandingannya Dengan Konstitusi Beberapa Negara*, Jurnal Konstitusi Pusat Studi Kebijakan Negara-Fakultas Hukum Universitas Padjajaran Bandung, Volume III No.1, Juni 2011.

K. Bertens,⁴ mengetengahkan:

“Siapa yang bisa menjadi subyek hak? Siapa atau barangkali harus dikatakan: apa yang bisa memiliki hak? Pertanyaan ini menduduki tempat penting dalam diskusi-diskusi moral dewasa ini tentang hak. Kami berpendapat bahwa hanya manusia merupakan subyek hak dalam arti sebenarnya. Hanya makhluk yang mempunyai kesadaran dan menyebut diri “aku”, bisa dianggap pemilih hak. Yang memiliki hak pada prinsipnya juga tahu bahwa ia memiliki hak. Akibatnya ia bisa juga melepaskan haknya, kalau ia mau.”

Pendapat Bertens diatas tidak sepenuhnya bisa terima. Kenyataannya hukum memberikan hak kepada subyek selain manusia, misalnya hak untuk anak yang masih dalam kandungan⁵, generasi masa mendatang⁶ dan badan hukum.⁷ Bahkan untuk badan hukum bukan hanya memiliki hak tetapi juga kewajiban. Hukum memperlakukan badan hukum sebagai subyek hukum, yaitu penyanggah hak dan kewajiban. Badan hukum adalah subyek hukum selain subyek hukum manusia.

b. Hak Lingkungan (*Environmental Right*)

Landasan pemikiran tentang hak lingkungan (*environmental right*) pertamakali diketengahkan oleh Cristopher Stone dalam tulisannya yang terbit pada tahun 1972 yang kemudian dengan cepat menjadi sangat populer dengan menyatakan:⁸

“...that we give legal rights to forest, oceans, rivers and other called “natural objects” in the environment-indeed to the natural environment as a whole.”

Lebih lanjut, Christopher D. Stone dalam *Should Trees Have Standing? Law, Morality and The Environment*, menyatakan:⁹

“The reason for this little discourse on the unthinkable, the reader must know by now, if only from the title of the paper. I am quite seriously proposing that we give legal right to forest, oceans, rivers, and other so-called “natural objects” in the environment-indeed, to natural environment as a whole. Now, to say that the natural environment should have rights is not to say anything as silly as that no one should be allowed to cut down a tree.”

4 K. Bertens, Etika, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2007, h.204 dan 206.

5 Pasal 2 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) menyatakan “Anak yang ada dalam kandungan seorang perempuan, dianggap sebagai telah dilahirkan, bila mana juga kepentingan si anak menghen-daknya”.

6 Pasal 3 huruf f UUPPLH menyatakan “menjamin terpenuhinya keadilan generasi masa kini dan generasi masa depan”. Pasal ini memberikan hak kepada generasi masa depan yang belum ada untuk mendapatkan keadilan dalam pengelolaan lingkungan.

7 Badan hukum dapat dibedakan menjadi badan hukum publik dan badan hukum privat. Badan hukum publik misalnya negara, provinsi dan kabupaten. Badan hukum privat misalnya perseroan terbatas, yayasan, koperasi, dan lain-lain.

8 Sonja Ann Jozef Boelaert-Suominen, *International Environmental Law and Naval War: The Effect of Marine Safety and Pollution Conventions During International Armed Conflict*, Center for Naval Warfare Studies, Naval War College Newport, Rhode Island, Newport Paper Number Fifteen, United States of America, December, 2000, h.7.

9 Christopher D. Stone, *Should Trees Have Standing? Law, Morality and The Environment*, Third Edition, Oxford University Press, 2010, h.3.

Bagi Christopher D. Stone, merupakan hal yang sangat serius mengajukan usul untuk memberikan hak hukum kepada hutan-hutan, samudera-samudera, sungai-sungai, dan lain-lain yang disebut sebagai “benda-benda alam” dalam lingkungan, dan tentu saja kepada lingkungan alam secara keseluruhan. Pada saat sekarang ini, bukanlah suatu hal yang bodoh untuk mengatakan bahwa lingkungan alam adalah memiliki hak-hak hukum sehingga tak ada seorangpun dapat menebang pohon jika ia tidak memiliki izin.

Lebih lanjut Christopher D. Stone menyatakan sebagai berikut:

It is not inevitable, nor is it wise, that natural objects should have no rights to seek redress in their own behalf. It is no answer to say that streams and forests cannot have standing because streams and forests cannot speak. Corporations cannot speak, either; nor can states, estates, infants, incompetents, municipalities, or universities. Lawyers speak for them, as they customarily do for the ordinary citizen with legal problems. One ought, I think, to handle the legal problems of natural objects as one does the problems of legal incompetents—human beings who have become vegetative. If a human being shows signs of becoming senile and has affairs that he is de jure incompetent to manage, those concerned with his well being make such a showing to the court, and someone is designated by the court with the authority to manage the incompetent's affairs. The guardian (or “conservator” or “committee”—the terminology varies) then represents the incompetent in his legal affairs. Courts make similar appointments when a corporation has become “incompetent”: they appoint a trustee in bankruptcy or reorganization to oversee its affairs and speak for it in court when that becomes necessary.

On a parity of reasoning, we should have a system in which, when a friend of a natural object perceives it to be endangered, he can apply to a court for the creation of a guardianship.¹⁰

Menurutnya adalah tidak bijaksana untuk tidak memberikan hak hukum kepada sungai dan hutan hanya karena sungai dan hutan tidak bisa berbicara. Korporasi, negara, anak yang masih dalam kandungan, anak dibawah umur, kota atau universitas juga tidak dapat berbicara, namun oleh hukum mereka diberi hak hukum. Pengacara akan bertindak untuk mewakili kepentingan hukum mereka.

Hak hukum yang dimiliki oleh lingkungan inilah yang oleh Sonja Ann Jozef Boelaert-Suominen disebut sebagai *ecoright*. *Ecoright* pada hakekatnya berlandaskan pada moral berupa sifat-sifat kebajikan atau kemanfaatan. Dalam terminologi hukum, implikasinya adalah bahwa lingkungan memerlukan perlindungan hukum atas kepentingannya sendiri.¹¹

Para ahli hukum lingkungan di Kanada, juga menganut pendapat bahwa lingkungan mempunyai hak (*environmental right*), dengan mengatakan, antara lain:

A right of the environment to be protected from serious pollution for its own sake, even if pollution incident should result in no direct or indirect risk or harm to human health

¹⁰ Ibid, h. 8.

¹¹ Sonja Ann Jozef Boelaert-Suominen, *International Environmental Law and Naval War: The Effect of Marine Safety and Pollution Conventions During International Armed Conflict*, loc.cit.

*or limitation upon the use and enjoyment of nature.*¹²

Komisi Perubahan Hukum di Kanada, dalam *Working Paper 44*, yang menulis tentang *Crimes Against the Environment* telah memberikan pengertian hak-hak lingkungan (*environmental right*) atas 5 (lima) kategori, yaitu:

1. *A right not to have one's life or health harmed or endangered as a result of environment pollution, the health effect of which are know, predictable, serious and relatively immediate.*
2. *A right to a reasonable level of environ-mental quality, even when a specific pollution or pollution sources cannot be identified with certainty as the grounds that sooner or later serious pollution of the environment will threatened human life and health as well.*
3. *A right to a reasonable level of environ-mental quality, but one which is violated by pollution instances which deprive people of the use and enjoyment of the environment, even when there are no health effects or dangers.*
4. *A right of the environment to be protected from serious pollution for its own sake, even if pollution incident should result in no direct or indirect risk or harm to human health or limitation upon the use and enjoyment of nature.*
5. *A right to have one's private property protected from damage by pollution caused by other.*¹³

Di Indonesia, Munadjat Danusaputro,¹⁴ mengetengahkan pemikirannya dengan menyatakan bahwa lingkungan adalah subyek hukum. Beliau selengkapnya menyatakan sebagai berikut:

Dalam wujudnya yang demikian itu, hukum lingkungan adalah hukum yang berorientasi kepada lingkungan (*environment oriented law*), dalam mana lingkungan (hidup) bertegak sebagai: subyek hukum. Lingkungan (hidup) sebagai subyek hukum dan dalam arti yang luas dan sewajarnya meliputi: seluruh alam semesta, tidak mungkin dijadikan sasaran hak milik oleh orang-seorang atau kelompok orang-orang atau suatu lembaga, seperti negara atau kelompok negara-negara, karena lingkungan (hidup) adalah untuk keperluan dan kepentingan segenap insan dan seluruh jasad hidup, baik yang hidup sekarang maupun yang akan hidup kemudian sepanjang zaman. Oleh sebab itu, dalam sistem hukum lingkungan tidak dikenal adanya hak milik atas lingkungan (hidup), (karena tidak mungkin dijadikan sasaran pemilikan).

Subyek hukum adalah segala sesuatu yang dapat memperoleh hak dan kewajiban dari hukum.¹⁵ Subyek hukum dapat berwujud manusia atau badan hukum. Lingkungan memiliki hak akan tetapi tidak memiliki kewajiban sehingga lingkungan tidak dapat dikatakan sebagai subyek hukum. Dengan demikian, pendapat Munadjat tidak dapat diterima.

12 Daud Silalahi, *Hukum Lingkungan Dalam Sistem Penegakan Hukum Lingkungan Indonesia*, Edisi Revisi, Alumni, Bandung, 2001, h. 199.

13 Ibid, h.61-63.

14 Munadjat Danusaputro, *Hukum Lingkungan Buku II: Nasional*, Binacipta, Bandung, 1980, h.31-32.

15 Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2003, h. 73.

Peraturan perundang-undangan lingkungan di Indonesia sendiri tidak ada ketentuan yang secara eksplisit menyebut tentang hak lingkungan. Pasal 67 UUPPLH hanya menentukan bahwa setiap orang berkewajiban untuk memelihara kelestarian fungsi lingkungan hidup serta mengendalikan pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup.

Menurut penulis, kewajiban setiap orang untuk memelihara kelestarian fungsi lingkungan serta mengendalikan pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan di satu sisi adalah hak lingkungan untuk dilestarikan dan tidak boleh dicemari atau dirusak pada sisi lain. Kewajiban setiap orang untuk memelihara kelestarian fungsi lingkungan serta mengendalikan pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan adalah suatu kewajiban hukum menurut undang-undang. Namun sayang, jika kewajiban ini tidak dilakukan atau dilanggar oleh UUPPLH tidak diberi ancaman sanksi.

Jika lingkungan memiliki hak bagaimanakah lingkungan mempertahankan haknya jika dilanggar? Bukankah lingkungan adalah objek inanimatif yang tidak bisa berbuat untuk mempertahankan haknya jika haknya tersebut dilanggar. Disinilah hukum memberikan *standing* kepada organisasi lingkungan hidup (OLH), pemerintah/pemerintah daerah dan warga negara untuk bertindak atas nama lingkungan jika hak lingkungan dilanggar.

Perkembangan *Standing* Bidang Lingkungan di Indonesia

a. *Pengertian Standing*

Standing disebut juga *standing to sue*, *locus standi* atau *legal standing*. Bryan A. Garner memberikan pengertian *standing* sebagai:

*“A party’s right to make a legal claim or seek judicial enforcement of a duty or right. To have standing in federal court, a plaintiff must show (1) that the challenged conduct has caused the plaintiff actual injury, and (2) that the interest sought to be protected is within the zone of interest meant to be regulated by the statutory or constitutional guarantee in question.”*¹⁶

Alan Gilpin memberikan batasan pengertian *standing* sebagai:

*“The right to be heard in court or other proceedings. The word ‘standing’ has emerged gradually during the twentieth century, coming into common use only from about 1950. The right to sue means the right to institute legal proceedings against. Legal standing is in many ways a reflection of social conscience, expanding with socially recognizable issues over time, slowly embracing the environment. The concept of standing has also expanded from the individual to the group, and now embraces challenges to government action. Even so, attempts by citizens and organizations to prevent or preclude environmental violations may often be frustrated. Courts tend to disallow actions which present formidable difficulties and cannot be resolved in simple financial terms.”*¹⁷

16 Bryan A. Garner (editor), *Black’s Law Dictionary*, Eight Edition, Thomson West, St. Paul, 2004, h.1442.

17 Alan Gilpin, *Dictionary of Environmental Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA,

Daniel Oran mengartikan *standing* sebagai *A person's right to bring (start) or join a lawsuit because he or she is directly affected by the issues raised. This is called "standing to sue."*¹⁸ Pada dasarnya *legal standing* dapat diartikan secara luas yaitu akses perorangan ataupun kelompok/organisasi di pengadilan sebagai pihak penggugat.¹⁹ *Legal standing* organisasi lingkungan hidup adalah kewenangan organisasi lingkungan hidup untuk bertindak sebagai penggugat dalam penyelesaian sengketa lingkungan.²⁰

Dalam ketentuan UUPPLH *standing* mencakup akses OLH dan pemerintah dan pemerintah daerah untuk tampil sebagai pihak penggugat dalam penyelesaian sengketa lingkungan baik di peradilan umum maupun di peradilan tata usaha negara. *Standing* warga negara atau *citizen lawsuit* yang telah diakui dalam praktek peradilan di Indonesia namun tidak terdapat pengaturannya dalam UUPPLH merupakan hasil perkembangan hukum.

b. Standing Organisasi Lingkungan Hidup

Istilah OLH pertama kali digunakan dalam Undang-Undang No.23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup (UUPPLH). Undang-Undang No. 4 Tahun 1982 tentang Pokok-Pokok Pengelolaan Lingkungan Hidup (UULH) menggunakan istilah Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) Lingkungan. OLH adalah kelompok orang yang terorganisasi dan terbentuk atas kehendak sendiri yang tujuan dan kegiatannya berkaitan dengan lingkungan hidup (Pasal 1 angka 27 UUPPLH).

Standing OLH diatur dalam ketentuan Pasal 92 UUPPLH sebagai berikut:

- (1). Dalam rangka pelaksanaan tanggung jawab perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup, organisasi lingkungan hidup berhak mengajukan gugatan untuk kepentingan pelestarian fungsi lingkungan hidup.
- (2). Hak mengajukan gugatan terbatas pada tuntutan untuk melakukan tindakan tertentu tanpa adanya tuntutan ganti rugi, kecuali biaya atau pengeluaran riil.
- (3). Organisasi lingkungan hidup dapat mengajukan gugatan apabila memenuhi persyaratan:
 - a. Berbentuk badan hukum;
 - b. Menegaskan di dalam anggaran dasarnya bahwa organisasi tersebut didirikan untuk kepentingan pelestarian fungsi lingkungan hidup; dan
 - c. Telah melaksanakan kegiatan nyata sesuai dengan anggaran dasarnya paling singkat 2 (dua) tahun.

2000, h.289.

18 Daniel Oran, J.D., *Oran's Dictionary of the Law*, 3rd Edition, West Legal Studies Thomson Learning, Africa/Australia/Canada/Denmark/Japan/Mexico/New Zealand/Philippines/Puerto Rico/Singapore/Spain/United Kingdom/United States, 2000, h.462.

19 Mas Achmad Santosa dan Sulaiman N. Sembiring, *Hak Gugat Organisasi Lingkungan Hidup (Environmental Legal Standing)*, ICEL, Jakarta, 1997, h. 9.

20 Suparto Wijoyo, *Penyelesaian Sengketa Lingkungan (Environmental Disputes Resolution)*, Airlangga University Press, Surabaya, 1999, h.50.

Berdasarkan ketentuan Pasal 92 ayat (2) UUPPLH, gugatan yang diajukan oleh OLH terbatas pada tuntutan untuk melakukan tindakan tertentu tanpa adanya tuntutan untuk memperoleh ganti rugi kecuali atas biaya atau pengeluaran riil. Tidak diberikannya hak kepada OLH untuk menggugat ganti kerugian merupakan sesuatu yang logis mengingat OLH bukanlah pihak penderita atau pihak korban. *Legal standing* OLH adalah untuk kepentingan lingkungan yang menurut Pasal 92 ayat (1) UUPPLH adalah untuk kepentingan pelestarian fungsi lingkungan hidup. Namun demikian, Pasal 92 UUPPLH maupun penjelasannya tidak memberikan penjelasan mengenai makna “tindakan tertentu” yang menjadi tuntutan dalam gugatan organisasi lingkungan hidup.

Mengenai makna “tindakan tertentu” dapat diketemukan dalam Penjelasan Pasal 87 ayat (1) UUPPLH yang menyatakan, “Selain diharuskan membayar ganti rugi, pencemar dan/atau perusak lingkungan hidup dapat pula dibebani oleh hakim untuk melakukan tindakan hukum tertentu, misalnya perintah itu”:

- a. Memasang atau memperbaiki unit pengolahan limbah sehingga limbah sesuai dengan baku mutu lingkungan hidup yang ditentukan;
- b. Memulihkan fungsi lingkungan hidup dan/atau;
- c. Menghilangkan atau memusnahkan penyebab timbulnya pencemaran dan/atau perusakan lingkungan hidup.

Berdasar rumusan kata “misalnya” di atas, maka apa yang disebut dalam Penjelasan Pasal 87 ayat (1) UUPPLH adalah contoh dan bukan bersifat limitatif. Hakim boleh membebani tindakan tertentu selain yang disebut dalam Penjelasan Pasal 87 ayat (1) point a, b dan c. Untuk dapat tampil sebagai penggugat dalam penyelesaian sengketa lingkungan harus diperhatikan syarat-syarat sebagaimana yang telah ditentukan oleh Pasal 92 ayat (3) UUPPLH, yaitu:

- a. Berbentuk badan hukum;
- b. Menegaskan didalam anggaran dasarnya bahwa organisasi tersebut didirikan untuk kepentingan pelestarian fungsi lingkungan hidup dan
- c. Telah melaksanakan kegiatan nyata sesuai dengan anggaran dasarnya paling singkat 2 (dua) tahun.

Syarat-syarat yang disusun dengan menggunakan huruf (a,b,c) seperti di atas dapat menimbulkan interpretasi yang keliru. Rumusan yang disusun dengan menggunakan huruf (a,b,c), berarti syarat-syarat itu bersifat alternatif (tidak harus dipenuhi semua). Sebaliknya, rumusan yang disusun dalam urutan angka (1,2,3) bersifat kumulatif.

Berdasarkan ketentuan Pasal 92 ayat (3) UUPPLH di atas, 3 (tiga) syarat tersebut adalah bersifat kumulatif, yang berarti organisasi lingkungan itu harus berbadan hukum,

menegaskan di dalam anggaran dasarnya bahwa organisasi tersebut didirikan untuk kepentingan pelestarian fungsi lingkungan hidup dan telah melaksanakan kegiatan nyata sesuai dengan anggaran dasarnya paling singkat 2 (dua) tahun. Untuk tidak menimbulkan salah pengertian mestinya harus disusun dengan urutan angka (1,2,3).

Salah satu persyaratan oleh Pasal 92 ayat (3) UUPPLH adalah bahwa OLH harus berbentuk badan hukum. Ketentuan Pasal 93 ayat (3) ini bila dihubungkan dengan Pasal 1 angka 27 UUPPLH akan menjadi bertentangan. Pasal 1 angka 27 UUPPLH menyatakan “OLH adalah kelompok orang yang terorganisasi dan terbentuk atas kehendak sendiri yang tujuan dan kegiatannya berkaitan dengan lingkungan hidup”. Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 27 UUPPLH seharusnya semua OLH memiliki *legal standing* atau dapat tampil sebagai penggugat dalam penyelesaian sengketa lingkungan baik itu yang berbentuk badan hukum maupun tidak berbadan hukum.

Dalam tataran praktis, eksistensi *legal standing* OLH ini juga diakui dalam putusan-putusan pengadilan, diantaranya:

1. Gugatan WALHI dalam kasus pencemaran lingkungan berupa kerusakan hutan pinus dan pencemaran Sungai Asahan oleh PT. Inti Indorayon Utama di PN Jakarta Pusat tahun 1998. Dalam kasus ini WALHI menggugat lima instansi yaitu Badan Koordinasi Penanaman Modal, Gubernur Sumatera Utara, Menteri Perindustrian, Menteri Negara Kependudukan dan Lingkungan Hidup, Menteri Kehutanan dan PT. Inti Indorayon Utama (PT. IIU). Meskipun dalam putusnya hakim menolak gugatan WALHI tapi dalam putusan tersebut diakui kapasitas WALHI untuk tampil sebagai penggugat dalam penyelesaian sengketa lingkungan.
2. Gugatan WALHI terhadap Presiden RI atas dikeluarkannya Kep.Pres No.42 Tahun 1994 tentang Bantuan Pinjaman Kepada Perusahaan Perseroan (Persero) PT. Industri Pesawat Terbang Nusantara-PT IPTN (sebesar empat ratus miliar rupiah yang diambil dari hasil bunga/jasa giro Dana Reboisasi) di PTUN Jakarta tahun 1994. Dalam kasus ini mejelis hakim menyatakan bahwa gugatan WALHI tidak dapat diterima. Namun demikian putusan PTUN Jakarta ini juga mengakui kapasitas WALHI untuk tampil sebagai penggugat dalam kasus penyelesaian sengketa lingkungan.
3. Gugatan WALHI kepada Sekretaris Jenderal Departemen Pertambangan dan Energi dengan obyek gugatan Surat Keputusan Sekretaris Jenderal Departemen Pertambangan dan Energi No.600/0115/SJ.T/1995 perihal Persetujuan Rencana Pengelolaan Lingkungan (RKL) dan Rencana Pemantauan Lingkungan (RPL) Kegiatan Pertambangan Tembaga di Kabupaten Fak-fak dan Paniai, Provinsi Irian Jaya di PTUN Jakarta pada tahun 1995. Meskipun dalam kasus ini putusan hakim menolak gugatan WALHI namun WALHI

sebagai organisasi lingkungan hidup diakui dapat tampil sebagai penggugat dalam kasus penyelesaian sengketa lingkungan.

c. *Standing Pemerintah/Pemerintah Daerah*

Pada mulanya dalam UUPPLH tidak diatur secara tegas tentang *standing* pemerintah/pemerintah daerah. Pasal 37 ayat (2) UUPPLH hanya menyatakan sebagai berikut:

Jika diketahui bahwa masyarakat menderita akibat pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup sedemikian rupa sehingga mempengaruhi perikehidupan pokok masyarakat, maka instansi yang bertanggung jawab di bidang lingkungan hidup dapat bertindak untuk kepentingan masyarakat.

Menurut N.H.T Siahaan intisari Pasal 37 ayat (2) UUPPLH ini adalah bahwa dalam kasus pencemaran yang serius dan berskala luas (*mass pollutive*), pemerintah dapat bertindak sebagai pihak dalam mempertahankan kepentingan masyarakat. Dengan demikian pemerintah disini dapat berkedudukan sebagai *standing*.²¹

UUPPLH mengatur hak gugat pemerintah dan pemerintah daerah secara tegas dalam Pasal 90:

- (1) Instansi pemerintah dan pemerintah daerah yang bertanggungjawab di bidang lingkungan hidup berwenang mengajukan gugatan ganti rugi dan tindakan tertentu terhadap usaha dan/atau kegiatan yang menyebabkan pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup yang mengakibatkan kerusakan lingkungan hidup.
- (2) Ketentuan lebih lanjut mengenai kerugian lingkungan hidup sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan Peraturan Menteri.

Penjelasan Pasal 90 ayat (1), menetapkan:

Yang dimaksud dengan “kerugian lingkungan hidup” adalah kerugian yang timbul akibat pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan yang bukan bersifat hak milik privat. Tindakan tertentu merupakan tindakan pencegahan dan penanggulangan pencemaran dan/atau kerusakan serta pemulihan fungsi lingkungan hidup guna menjamin tidak akan terjadi atau terulangnya dampak negatif terhadap lingkungan hidup.

Siapakah yang dimaksud instansi pemerintah yang bertanggungjawab di bidang lingkungan hidup? Pasal 1 angka 39 UUPPLH menyatakan: Menteri adalah menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup. Menteri yang dimaksud adalah menteri yang ada di Kementerian Negara Lingkungan Hidup (KNLH). Pemerintah daerah adalah gubernur, bupati, atau walikota, dan perangkat daerah sesuai unsur penyelenggara pemerintah daerah (Pasal 1 angka 38 UUPPLH). Ketentuan lebih lanjut tentang pemerintah daerah mengacu kepada Undang-Undang No.32 tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah.

21 N.H.T Siahaan, *Hukum Lingkungan*, Pancuran Alam, Jakarta, 2006, h.240.

Jika yang diberikan *legal standing* adalah KNLH, maka yang menjadi hambatan adalah berkaitan dengan status kelembagaan KNLH. Dengan statusnya sebagai kementerian negara maka struktur organisasi KNLH hanya ada ditingkat pusat dan tidak memiliki struktur organisasi ketingkat daerah. Keadaan yang demikian tentunya menjadi problematika bila terjadinya pencemaran lingkungan ada di daerah.²²

Kalau dibandingkan dengan ketentuan bahwa OLH tidak diperbolehkan untuk menuntut ganti kerugian kecuali biaya atau pengeluaran riil, mengapa gugatan instansi pemerintah yang bertanggungjawab di bidang lingkungan hidup boleh menuntut ganti kerugian. Untuk siapa ganti kerugian itu? untuk instansi pemerintah yang bertanggungjawab dibidang lingkungan hidup sendiri atau untuk masyarakat korban pencemaran. Ketidak jelasan seperti inilah yang mestinya ditegaskan dalam UUPPLH agar tidak menimbulkan problematika dalam pelaksanaannya.

Berdasar penjelasan Pasal 90 ayat (1) UUPPLH, mestinya ganti rugi yang dituntut oleh pemerintah dan pemerintah daerah digunakan untuk memperbaiki pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup yang terjadi, mengingat kerugian pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup yang menjadi dasar gugatan pemerintah dan pemerintah daerah adalah kerugian pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan yang bukan bersifat hak milik privat. Kriteria kerugian lingkungan hidup sebagai syarat agar instansi pemerintah yang bertanggungjawab di bidang lingkungan hidup dapat mengajukan gugatan akan diatur dalam Peraturan Menteri.

d. *Standing Warga Negara/ Citizen Standing/ Standing Law Suit*

Hak gugat warga negara atau *citizen standing* atau *citizen law suit* pada intinya adalah mekanisme bagi warga negara untuk menggugat tanggung jawab penyelenggara negara atas kelalaian dalam memenuhi hak-hak warga negara. Kelalaian tersebut didalilkan sebagai perbuatan melawan hukum, sehingga *Citizen law suit* diajukan pada lingkup peradilan umum dalam hal ini perkara perdata. Oleh karena itu atas kelalaiannya, dalam petitum gugatan, negara dihukum untuk mengeluarkan suatu kebijakan yang bersifat mengatur umum (*regeling*) agar kelalaian tersebut tidak terjadi lagi di kemudian hari.²³

Berdasarkan pengertian hak gugat warga negara seperti disebut di atas, maka unsur-unsur dari hak gugat warga negara adalah:

1. Tergugat dalam *Citizen Law Suit* adalah penyelenggara negara, mulai dari Presiden dan Wakil Presiden sebagai pimpinan teratas, Menteri dan terus sampai kepada pejabat negara di bidang yang dianggap telah melakukan kelalaian dalam memenuhi hak warga

²² A'an Efendi, *Kewenangan Kemneterian Negara Lingkungan Hidup (KNLH) dalam Pengelolaan Lingkungan di Indonesia*, Majalah Ilmiah Hukum dan Masyarakat, Fakultas Hukum Unej, No.III/XXXIV, 2009.

²³ Kanadianto, *Konsep Citizen Law Suit di Indonesia*, www.wordpress.com, diakses pada tanggal 7 April 2010.

negaranya. Dalam hal ini pihak selain penyelenggara negara tidak boleh dimasukkan sebagai pihak baik sebagai Tergugat maupun turut tergugat, karena inilah bedanya antara *Citizen Law Suit* dengan gugatan warga negara. Jika ada pihak lain (individu atau badan hukum) yang ditarik sebagai tergugat/turut tergugat maka gugatan tersebut menjadi bukan *Citizen Lawsuit* lagi, karena ada unsur warga negara melawan warga negara. Gugatan tersebut menjadi gugatan biasa yang tidak bisa diperiksa dengan mekanisme *Citizen Lawsuit*.

2. Perbuatan melawan hukum yang didalilkan dalam Gugatan adalah kelalaian penyelenggara negara dalam pemenuhan hak-hak warga negara. Dalam hal ini harus diuraikan bentuk kelalaian apa yang telah dilakukan oleh negara dan hak warga negara apa yang gagal dipenuhi oleh negara. Penggugat harus membuktikan bahwa negara telah melakukan perbuatan melawan hukum tersebut, sebagaimana gugatan perdata biasa.
3. Penggugat adalah warga negara, yang bertindak mengatasnamakan warga negara. Penggugat dalam hal ini cukup membuktikan bahwa dirinya adalah warga negara Indonesia. Berbeda dengan *class action*, Penggugat tidak harus merupakan kelompok warga negara yang dirugikan secara langsung oleh negara, oleh karena itu penggugat tidak harus membuktikan kerugian materiel apa yang telah dideritanya sebagai dasar gugatan, berbeda dengan gugatan perdata biasa.

Selain itu Penggugat secara keseluruhan adalah mewakili warga negara Indonesia, tidak perlu dipisah-pisah menurut kelompok kesamaan fakta dan kerugian sebagaimana dalam Gugatan *Class Action*.

4. Gugatan *Citizen Lawsuit* tidak memerlukan adanya suatu notifikasi *Option Out* setelah gugatan didaftarkan sebagaimana diatur dalam PERMA tentang *Class Action*. Dalam prakteknya di Indonesia yg didasarkan pada pengaturan di beberapa negara common law, *citizen lawsuit* cukup hanya dengan memberikan notifikasi berupa somasi kepada penyelenggara negara. Isi somasi adalah bahwa akan diajukan suatu gugatan *Citizen Lawsuit* terhadap penyelenggara negara atas kelalaian negara dalam pemenuhan hak-hak warga negaranya dan memberikan kesempatan bagi negara untuk melakukan pemenuhan jika tidak ingin gugatan diajukan. Pada prakteknya somasi ini harus diajukan selambat-lambatnya 2 bulan sebelum gugatan didaftarkan, namun karena belum ada satupun peraturan formal yang mengatur hal tersebut, maka ketentuan ini tidak berlaku mengikat.
5. Petitum dalam gugatan tidak boleh meminta adanya ganti rugi materiel, karena kelompok warga negara yang menggugat bukan kelompok yang dirugikan secara materiel dan memiliki kesamaan kerugian dan kesamaan fakta hukum sebagaimana

gugatan *Class Action*.

6. Petitum gugatan *Citizen Lawsuit* harus berisi permohonan agar negara mengeluarkan suatu kebijakan yang mengatur umum (*Regeling*) agar perbuatan melawan hukum berupa kelalaian dalam pemenuhan hak warga negara tersebut di masa yang akan datang tidak terjadi lagi.
7. Petitum Gugatan *Citizen Lawsuit* tidak boleh berisi pembatalan atas suatu keputusan penyelenggara negara (Keputusan Tata Usaha Negara) yang bersifat konkrit individual dan final karena hal tersebut merupakan kewenangan dari peradilan TUN.
8. Petitum *Gugatan Citizen Lawsuit* juga tidak boleh memohon pembatalan atas suatu Undang-undang (UU) karena itu merupakan kewenangan dari Mahkamah Konstitusi (MK). Selain itu *Citizen Lawsuit* juga tidak boleh meminta pembatalan atas Peraturan perundang-undangan di bawah Undang-undang (UU) karena hal tersebut merupakan kewenangan Mahkamah Agung (MA) sebagaimana kini telah diatur dalam PERMA tentang *Judicial Review* peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.²⁴

Meskipun hukum positif di Indonesia tidak memberikan pengaturan mengenai hak gugat warga negara atau *citizen standing* atau *citizen legal suit*, namun dalam praktek peradilan telah ada beberapa gugatan atas dasar *citizen law suit*, yaitu:

1. Gugatan *Citizen Law Suit* atas nama Munir Cs atas Penelantaran Negara terhadap TKI Migran yg dideportasi di Nunukan. Dikabulkan Majelis Hakim Jakarta Pusat dengan Ketua Majelis Andi Samsan Nganro. Hasilnya adalah Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan perlindungan Tenaga Kerja Indonesia. Ini merupakan Gugatan *Citizen Law Suit* pertama yang muncul di Indonesia.
2. Gugatan *Citizen Law Suit* atas kenaikan BBM oleh LBH APIK dan oleh majelis hakim ditolak, bentuk CLS tidak diterima Majelis Hakim PN Jakarta Pusat.
3. Gugatan *Citizen Law Suit* atas Operasi Yustisi oleh LBH Jakarta dan oleh majelis hakim ditolak, bentuk *Citizen Law Suit* tidak diterima Majelis Hakim PN Jakarta Pusat.
4. Gugatan *Citizen Law Suit* atas penyelenggaraan Ujian Nasional oleh LBH Jakarta dan oleh majelis hakim Dikabulkan untuk sebagian, Pemerintah diminta meninjau ulang kebijakan penyelenggaraan Ujian Nasional. Pemerintah saat ini mengajukan banding. Pada tingkat Kasasi di Mahkamah Agung pihak pemerintah dikalahkan namun Ujian Nasional tahun 2010 tetap dilanjutkan oleh pemerintah.²⁵

Gugatan atas dasar *citizen law suit* juga pernah diajukan oleh seorang penggugat Wakiman dkk melawan Pemerintah Kota Makasar selaku Tergugat I, Pemerintah Provinsi Sulawesi Selatan selaku Tergugat II, Dinas Tata Bangunan selaku Tergugat III, Bapedalda

²⁴ *Ibid*

²⁵ *Ibid*

Kota Makasar selaku Tergugat IV, DPRD Kota Makasar selaku Tergugat V dan Direktur Utama PT. Tosan Permai Lestari selaku Tergugat VI.

Dalam perkara Nomor:246/Pdt.G/PN.Mks, telah diputus oleh Majelis Hakim yang diketuai oleh Ohan Burhanuddin P, SH, MH pada hari Senin, tanggal 09 Juni 2008 dengan amarnya:

Dalam eksepsi

- Menyatakan eksepsi tergugat I, II, III, IV, V dan VI tidak dapat diterima.

Dalam Provisi

- Menolak tuntutan provisi para penggugat seluruhnya.

Dalam pokok perkara

- Mengabulkan gugatan para penggugat untuk sebagian
- Menyatakan menurut hukum para penggugat adalah Warga Negara Republik Indonesia yang berdomisili di Kota Makasar.
- Menyatakan menurut hukum bahwa para penggugat memiliki kapasitas hukum untuk mengajukan gugatan kepada para tergugat.
- Menghukum para penggugat untuk membayar biaya perkara sebesar Rp.1.109.00 (satu juta seratus sembilan ribu rupiah).²⁶

Mengacu pada Putusan Pengadilan Negeri Makasar di atas, dapat diketahui bahwa pengadilan mengakui *citizen law suit* dalam perkara perdata meskipun gugatan penggugat sendiri tidak dikabulkan.

PENUTUP

Simpulan

Lingkungan memiliki hak yang disebut sebagai hak lingkungan (*environmental right*). Sebagai objek inanimatif, maka lingkungan tidak dapat bertindak sendiri untuk mempertahankan haknya jika haknya dilanggar. OLH, pemerintah/pemerintah daerah dan warga negara akan bertindak untuk dan atas nama lingkungan jika hak lingkungan dilanggar berdasarkan wewenang (*standing*) yang diberikan oleh undang-undang.

Peraturan perundang-undangan lingkungan di Indonesia tidak secara eksplisit menyebut tentang hak lingkungan. Pasal 67 UUPPLH hanya menentukan bahwa setiap orang berkewajiban untuk memelihara kelestarian fungsi lingkungan hidup serta mengendalikan pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup. Dibalik kewajiban setiap untuk memelihara kelestarian fungsi lingkungan hidup serta mengendalikan pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup adalah hak lingkungan untuk dipelihara kelestariannya dan dicegah terjadinya pencemaran dan/atau kerusakan.

26 Diakses dari www.pn.makasar.go.id pada tanggal 7 April 2010.

Saran

Upaya perlindungan hak lingkungan seyogianya lebih mengedepankan upaya preventif untuk mencegah terjadinya pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan yang lebih menguntungkan daripada upaya represif sesuai dengan prinsip “mencegah lebih baik daripada mengobati”. Upaya represif perlindungan hak lingkungan melalui gugatan standing *OLH* atau pemerintah dan pemerintah daerah adalah sarana terakhir setelah upaya preventif tidak berjalan dengan baik.

Selain *standing OLH*, pemerintah dan pemerintah daerah, UUPPLH juga dapat mengadopsi *standing* warga negara yang sudah diakui dalam praktek peradilan di Indonesia namun belum terdapat dasar hukumnya dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

- A'an Efendi, *Kewenangan Kementerian Negara Lingkungan Hidup (KNLH) dalam Pengelolaan Lingkungan di Indonesia*, Majalah Ilmiah Hukum dan Masyarakat, Fakultas Hukum Unej, No.III/XXXIV, 2009.
- _____, *Hak Atas Lingkungan Hidup Yang Baik dan Sehat dalam UUD 1945 dan Perbandingannya Dengan Konstitusi Beberapa Negara*, Jurnal Konstitusi Pusat Studi Kebijakan Negara-Fakultas Hukum Universitas Padjajaran Bandung, Volume III No.1, Juni 2011.
- _____, *Hak Atas Lingkungan Hidup yang Baik dan Sehat Serta Prosedur Pelaksanaannya*, Jurnal Konstitusi Pusat Kajian Konstitusi Universitas Jember, Volume III No.2, November 2011.
- Alan Gilpin, *Dictionary of Environmental Law*, Edward Elgar, Cheltenham,UK/Northampton,MA,USA, 2000.
- Bryan A. Garner (editor), *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, Thomson West, St. Paul, 2004.
- Christopher D. Stone, *Should Trees Have Standing? Law, Morality and The Environment*, Third Edition, Oxford University Press, 2010.
- Daud Silalahi, *Hukum Lingkungan Dalam Sistem Penegakan Hukum Lingkungan Indonesia*, Edisi Revisi, Alumni, Bandung, 2001.
- K. Bertens, *Etika*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2007.
- Mas Achmad Santosa dan Sulaiman N.Sembiring, *Hak Gugat Organisasi Lingkungan Hidup (Environmental Legal Standing)*, ICEL, Jakarta, 1997.
- Munadjat Danusaputro, *Hukum Lingkungan Buku II: Nasional*, Binacipta, Bandung, 1980.

Sonja Ann Jozef Boelaert-Suominen, *International Environmental Law and Naval War: The Effect of Marine Safety and Pollution Conventions During International Armed Conflict*, Center for Naval Warfare Studies, Naval War College Newport, Rhode Island, Newport Paper Number Fifteen, UNited States of America, December, 2000.

Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2003.

Suparto Wijoyo, *Penyelesaian Sengketa Lingkungan (Environmental Disputes Resolution)*, Airlangga University Press, Surabaya, 1999.

APLIKASI PSIKOLOGI HUKUM DALAM KOMPETENSI HAK ASUH ANAK

Oleh:

Damang

Fakultas Hukum Universitas Ichsan Gorontalo

E-mail: damang@negarahukum.com

Abstract: *Contribution psycho-legal to child custody, generally more emphasis on custody of the mother, for consideration psychological, biological, and emotional intimacy inherent in the mother. While switching custody to the father if the mother can not be responsible for the proper maintenance and care of their children. Therefore Compilation of Islamic Law (KHI: Kompilasi Hukum Islam) which used to be the reference basis for determining custody of the child, should be shifted to the mother's move best interests of the child. By shifting the legal basis of Compilation of Islamic Law (KHI: Kompilasi Hukum Islam) to Child protection Act (UUPA: Undang-Undang Perlindungan Anak) a father have the custody.*

Keywords: *Psychology in Law, Mother Custody, Father Custody*

Abstrak: *Kontribusi psikologi hukum terhadap hak pengasuhan pada umumnya lebih mengutamakan pada hak pengasuhan ibu, karena pertimbangan psikologis, biologis, dan kedekatan emosional yang melekat pada sang ibu. Sedangkan hak asuh terhadap ayah beralih jika ibu tidak dapat bertanggungjawab terhadap pemeliharaan dan pengasuhan yang layak terhadap anaknya. Karena itu KHI (Kompilasi Hukum Islam) yang dulunya menjadi acuan dasar penetapan hak asuh terhadap anak, mesti "milik ibu" bergeser pada kepentingan terbaik anak. Dengan bergesernya landasan hukum tersebut dari KHI (Kompilasi Hukum Islam) ke UUPA (Undang-Undang Perlindungan Anak) seorang ayahpun memiliki hak pengasuhan.*

Kata Kunci: *Psikologi Dalam Hukum, Hak Asuh Ibu, Hak Asuh Ayah*

PENDAHULUAN

Studi atas psikologi terhadap hukum (*psycho-legal*) hingga saat ini terbilang masih sangat langka. Bahkan dalam beberapa Universitas di Indonesia mata kuliah psikologi hukum tidak dapat ditemukan di Perguruan Tinggi sebagai mata kuliah pilihan ataupun mata kuliah wajib. Berbeda halnya dengan Fakultas Hukum Unhas yang telah menjadikan mata kuliah itu sebagai mata kuliah wajib. Karena pertimbangan jumlah peminat mata kuliah tersebut setiap semester/setiap tahun membeludak.

Dapat kiranya ditemukan beberapa hasil penelitian psikologi hukum¹ di Fakultas

¹ Ada juga beberapa karya Psikologi Hukum, seperti buku yang ditulis oleh Yusti Probowati Rahayu, "Dibalik Putusan Hakim (suatu kajian Psikologis)", juga artikelnya yang banyak bertebaran di media *online* seperti perlakuan narapidana di tahanan. Selain itu, juga ada beberapa penulis seperti Reza Indaragiri Amriel yang dikenal sebagai psikolog forensik di Indonesia juga sering menulis kajian psikologi forensik terutama frekuensi kejahatan yang meningkat dari tahun ke tahun. Di Fakultas hukum sendiri juga dapat ditemukan

Hukum Unhas terutama disertasi Musakkir² dan disertasi Wiwie Heryani. Tetapi kajian tersebut, keduanya terutama difokuskan pada kinerja hakim. Yakni faktor-faktor psikologis yang mempengaruhi hakim dalam menjatuhkan putusan.

Sementara yang akan dikaji penulis dalam tulisan ini juga merupakan materi atau sub pembahasan dalam psikologi hukum yakni kecenderungan sehingga undang-undang kita (baca: Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam) menetapkan hak asuh anak³ terhadap ibu bagi anak yang masih berada di bawah umur 12 tahun. Tetapi dalam beberapa putusan pengadilan juga ada yang menjatuhkan putusan hak asuh anak terhadap ayah. Tentunya hak asuh yang dilimpahkan/ dialihkan kepada ayah di sini, bukan lagi semata hakim “tersandera” pada peraturan perundang-undangan (KHI).

Dengan alasan itulah, sehingga hukum dalam kacamata dogmatik tidak dapat dikatakan sebagai aturan atau teks pasal semata-mata. Ada saat hakim ketika ingin menjatuhkan putusan keluar dari bunyi teks peraturan perundang-undangan (*extra legal*). Jelas sekali bahwa hakim yang melakukan penemuan hukum melalui konstruksi (bukan interpretasi) akan menggunakan pertimbangan psikologis. Kenapa sehingga anak tersebut seyogiayanya dipelihara oleh ayahnya?

Sebelum mengupas lebih jauh masalah psikologis yang mempengaruhi sehingga hukum menitikberatkan pengasuhan terhadap ibu. Maka ada baiknya membuktikan bahwa psikologi hukum berada dalam tingkatan abstraksi teoritikal atas gejala hukum yang mana?

Saat ini banyak sekali terjadi perdebatan antara hukum itu adalah ilmu sosial ataukah ilmu humaniora. Oleh Peter Mahmud Marzuki sudah konsisten mengatakan hukum (*droit, recht, ius, legal*) harus dilepaskan dari pohon pengetahuan ilmu yang dikemukakan oleh UNESCO. Hukum sebagai ilmu praktis (terapan). Hukum *sui generis-nya* adalah kajian yang sifatnya konseptual (*conceptual approach*).⁴

Terlepas dari karakter Peter Mahmud Marzuki yang sangat “dogmatik” namun ternyata beliau juga mengakui pendekatan sosial terhadap hukum dengan menyebutnya sebagai kajian *socio-legal*. Penulis sendiri tetap akan mengatakan bahwa kegunaan ilmu sosial terhadap hukum tetap amat penting. Hakim bukanlah mesin undang-undang, hakim bukan terompet/ corong undang-undang (*spreekbuis van de wet, bouche de la loi*). Sudah merupakan keniscayaan bahwa dalam setiap perancangan putusan pengadilan oleh hakim banyak menemui fenomena

artikel-artikel psikologi hukum dari beberapa terjemahan diktat kuliah Achmad Ali (Guru Besar FH Unhas) dari penulis Psikologi Hukum Amerika seperti Curt Bartol, M.J. Saks, dan Kapardis.

2 Penelitian tersebut adalah disertasi Guru Besar Fakultas Hukum Unhas yang berjudul Putusan Hakim Yang diskriminatif dalam Perkara Pidana (suatu Analisis Hukum Empiris).

3 Penetapan hak asuh anak dalam kompilasi Hukum Islam dikenal dengan istilah hadhanah, sementara batas anak di bawah umur yakni 12 tahun ke bawah (atau lazim di sebut mumayis)

4 Lihat Peter Mahmud Marzuki, 2010. *Penelitian Hukum*, Surabaya: Kencana, Hal. 87

hukum yang tidak ada aturannya dalam suatu undang-undang (*idisioncracy of the fact*). Maka dari itu dimungkinkan hakim melakukan upaya restrukturisasi hukum dalam rangka mengkaidahi fakta-fakta yang diperhadapkan kepadanya.

Dalam melakukan penelitian hukum dengan menggunakan pendekatan sosial, hukum pada saat itu dianggap sebagai objek pengamatan ilmu sosial. Sehingga sudah pasti anasir-anasir dan teori yang digunakan untuk menganalisis masalah hukum (baca: gejala hukum) adalah anasir-anasir sosial. Sebagaimana dikenalnya tiga metode pendekatan hukum, metode pendekatan hukum empiric. Misalnya yang merangkum semua pendekatan ilmu sosial tersebut. Namun hal itu perlu diluruskan bahwa bahasa hukum yang benar terhadap terminologi tersebut adalah pendekatan empirik terhadap hukum atau lebih tepat jika dikatakan ilmu empirik (sosial) yang berobjekan hukum.⁵

Psikologi hukum salah satunya adalah bahagian dari metode pendekatan empirik terhadap hukum. Dengan demikian teori-teori dan analisis psikologi yang akan digunakan untuk menganalisis (mendeskripsikan) masalah-masalah hukum itu sendiri. Posisi yang dimainkan oleh kacamata psikologi terhadap hukum tentunya adalah sebagai pengamat (*observer*) dan bukan sebagai partisipan hukum.

Dengan meminjam bahasa Kusumaatmadja istilah hukum pembangunan (pembaharuan hukum). Penelitian terhadap gejala-gejala hukum pada akhirnya harus perskriptif. Tulisan ini akan diarahkan sebagaimana hukum yang deskriptif (memaparkan) kemudian dilakukan penarikan kesimpulan yang perskriptif (mengkaidahi). Sebagaimana pendefenisian hukum pembangunan (Mazhab hukum Unpad) oleh Kusumaatamdja.⁶

Jika ditelaah perkembangan psikologi hukum sebenarnya nanti berkembang pada era pasca hukum modern yaitu mazhab realisme hukum. Oleh Holmes misalnya, mengemukakan hukum bukan logika dan matematika semata, tetapi hukum juga adalah pengalaman. Ciri khas dari pada aliran realisme hukum adalah semakin berkembangnya penelitian terhadap putusan-putusan pengadilan, adanya ramalan terhadap putusan pengadilan. Realisme hukum yang berkembang di Amerika bukan hal yang mengagetkan dengan banyaknya penelitian terhadap putusan-putusan pengadilan. Oleh karena di Negara tersebut memang sistem hukumnya adalah *common law* yang berpedoman pada putusan (*the binding force of precedent*). Putusan yang dibuat oleh hakim seolah-olah dianggap sebagai upaya dari hakim untuk menghidupkan

5 Lihat dalam bukunya Bernard Arief Sidharta yang menguraikan masalah penalaran hukum dalam konteks Indonesia, Tulisan tersebut tidak jauh berbeda dengan teori hukum pembangunan yang diadaptasi dari Kusumaatmadja.

6 Hemat penulis, sebenarnya belum ada yang membantah pendapat Kusumaatmadja yang relevan jika hukum ingin dibangun dari 1p3 normatif maupun dari pendekatan empirik. Meski muncul beberapa teori atau pendapat baru seperti hukum progresif oleh Satjipto Rahardjo atau hukum Integratifnya Romli Atmasasmita. Salah satu buku yang mengulas masalah hukum pembangunan adalah kumpulan karya tulis *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan* yang diterbitkan oleh PT Alumni Bandung, 2006.

putusan-putusan yang telah mati (*stare decisis*).

Awal mula psikologi hukum dapat dilacak melalui pidato Sigmund Freud di depan hakim Austria tentang "*keputusan hakim yang dipengaruhi oleh proses-proses tak sadar*". Even lain yang membuat para psikolog sadar bahwa ide mereka dapat digunakan untuk mentransformasikan sistem hukum adalah terbitnya buku yang berjudul *on the witness of stand* oleh Hugo Munstemberg. Demikian juga dengan munculnya beberapa penelitian psikologi dalam lapangan ilmu hukum seperti diskriminasi hukum, hukuman berat, pornografi, perilaku seks, dan syarat penahanan seorang untuk mempertanggungjawabkan perbuatannya menandai kelahiran psikologi dan hukum.⁷

Terkait dengan masalah yang diangkat dalam tulisan ini. Yaitu peran psikologi hukum terhadap kompetensi hak asuh anak. Juga bertitik tolak bahwa anak merupakan anugerah TYME yang sejatinya harus mendapatkan perlakuan yang layak, haknya harus diutamakan maka termasuk dalam mendapatkan pengasuhan yang baik. Hukum sudah semestinya memberikan perlindungan terhadap hak-hak anak tersebut melalui instrument hukumnya.

Instrument hukum internasional telah menempatkan anak sebagai subjek hukum (*recht subjectionis*) mendapatkan perlakuan yang layak. Dapat ditemukan dalam konvensi UCRC⁸. Konvensi (UCRC) yang mencantumkan hak-hak tertentu yang hanya berlaku untuk anak yang didefinisikan oleh Pasal 2, yang menyatakan:

Anak adalah sebagai semua manusia berusia di bawah 18 tahun, kecuali berdasarkan Undang-undang yang berlaku bagi anak itu, kedewasaan dicapai lebih dini. Diantara hak-hak baru yang dilindungi adalah hak atas sebuah nama, hak untuk mengetahui orang tuanya dan diasuh, dipertahankan identitas si anak, kebebasan dari pergaulan buruk seksual dan eksploitasi seksual dari obat-obat dan perdagangan narkotik, sejumlah ketetapan juga mewajibkan negara-negara peserta untuk menjamin, dengan mengambil langkah-langkah yang tepat agar anak-anak dimungkinkan untuk berkembang semaksimal mungkin sesuai dengan kemampuan mereka.

Negara Indonesia telah meratifikasi UCRC pada tahun 1990, sebagai tingkat keseriusan dalam memperhatikan hak dan kepentingan anak, kemudian diikuti Undang-undang No. 4 tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak dan Undang-undang No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Dalam Pasal 28 B ayat 2 UUD NRI Tahun 1945 juga diatur masalah pengaturan hak asuh anak yang menegaskan bahwa, "*setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi*".⁹ Demikian

7 Dikutip pada laman website: <http://psycho-legal.blogspot.com/2011/03/aplikasi-psikologi-hukum-dalam-putusan.html>.

8 *United Nation Convention On The Right Of The Child*

9 Pasal inilah yang dijadikan acuan oleh MK ketika menjatuhkan Putusan Nomor 46/ PU-VIII/ 2010. terkait masalah nasab yang dapat diklaim oleh seorang anak yang lahir karena perkawinan siri, karena anak tersebut

juga ditegaskan dalam Pasal 7 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menegaskan, “*Setiap anak berhak untuk mengetahui orang tuanya, dibesarkan, dan diasuh oleh orang tuanya sendiri.*”

Instrumen hukum tersebut menjadi landasan untuk melindungi hak dan kepentingan hidup anak. Salah satu penjabaran dari perlindungan hak-hak anak yaitu setiap anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi

Istilah yang lazim digunakan ketika menguraikan masalah hak-hak anak terutama hak pengasuhan dalam hal terjadi perceraian (*divorce*). Bukan lagi didasarkan pada kehendak dan kemauan orang tua saja melainkan pada kepentingan terbaik sang anak (*the best interest of the child*). Diantaranya, bagaimana menata kehidupan dan masa depan anak ? Psikologi hukum (*legal psychology*) memberikan kontribusinya dalam penentuan hak asuh anak dengan prediksi terhadap kompetensi hak asuh anak di masa depan. Apakah dengan berada dalam penguasaan hak asuh ibu atau ayah anak tersebut tidak terenggut hak-haknya di masa depan ? Apakah dengan penguasaan salah satu orang tuanya telah menghilangkan hak asuh dari salah satu pihak? Padahal hak orang tua untuk melakukan pemeliharaan merupakan hak asasi yang tidak dapat dicabut, hak tersebut diakui dalam instrument hak asasi manusia.

Pendekatan psikologi hukum yang digunakan dalam meneropong masalah pengasuhan adalah sebuah pendekatan sebagaimana pembagian pendekatan Psikologi hukum yang dikemukakan oleh Blackburn 1996, 6; Curt R. Bartol 1983, 20 -21; David S. Clark, 2007; Stephenson, 2007. Yakni Psikologi dalam hukum (*psychology in law*). *Psychology in law* mengacu kepenerapan-penerapan spesifik dari psikologi di dalam hukum seperti tugas psikolog menjadi saksi ahli, kehandalan kesaksian saksi mata, kondisi mental terdakwa, dan memberikan rekomendasi hak penentuan perwalian anak, dan menentukan realibilitas kesaksian saksi mata.¹⁰

Dalam ketentuan perundang-undangan, negara kita nampaknya juga serta merta mengakui hak pengasuhan (*custody*) tunggal yakni dapat diasuh oleh ibu atau ayah saja. Undang-undang tidak memberikan pengaturan secara tegas masalah pengasuhan yang dapat diasuh bersama oleh ibu maupun ayahnya. Sebagaimana yang lazim terjadi di negara maju

oleh UU Perkawinan (Pasal 43 ayat 1) dikatakan tidak memiliki nasab terhadap ayahnya.

10 Khusus untuk kajian psikologi murni dalam menganalisis masalah hak asuh anak dikaji melalui bidang psikologi perkembangan. Lihat juga dalam *Encyclopedia of Psychology & Law: 2008* memberikan definisi *psychology and law is a relatively young field of scholarship. Conceptualized broadly, the field encompasses diverse approaches to psychology. Each of major psychological subdivisions has contributed to research on legal issues: cognitive (e.g. eyewitness testimony), developmental (e.g., children testimony), social (e.g., jury behavior), clinical (e.g. assesment of competence), biological (e.g. the polygraph), and industrial organizational psychology (e.g. sexual harassment in the workplace). Encyclopedia of Psychology & Law: 2008*

(Inggris dan Amerika) dikenal adanya hak asuh bersama (*join custody*). Padahal jika ditelisik lebih jauh bukankah hak pengasuhan, pemeliharaan oleh orang tua terhadap anak merupakan bangunan hak kebersamaan. Sekalipun perceraian menyebabkan tidak ada komunikasi lagi antara suami dan istri. Tidaklah sewajarnya arus konflik itu akan menyeret juga pada hilang hak-hak anak untuk mendapat pengasuhan dan pemeliharaan dari kedua orang tuanya. Apalagi dalam bahasan psikologi muncul sindrom yang dinamakan PAS (*Parent Alienation Syndrom*) yakni propaganda yang dilakukan oleh salah satu orang tua dalam bentuk doktrinasi agar membenci salah satu orang tuanya. PAS dapat muncul dari sikap Ibu juga dapat muncul dari sikap ayah.¹¹

Kita semua tahu bahwa anak adalah tunas muda harapan bangsa. Generasi muda yang akan melanjutkan cita-cita kebangsaan. Lantas mengapa dengan kepentingan sepihak saja, kemudian memutus masa depan dan harapan anak-anak itu. Dalam konteks ini hak asuh bersama, nyata-nyata menjadi solusi agar anak tetap dapat mendapatkan hak-hak konstitusionalnya (hak untuk mendapatkan pemeliharaan dan kasih sayang (*afeksi*) yang layak dari kedua orang tuanya.

Salah satu contoh kasus, sebagai imbas dari hak asuh tunggal saja yang dianut dalam ketentuan perundang-undangan. Ada seorang ibu dianggap melakukan tindak pidana penculikan anak. Karena vonis pengadilan sudah menentukan hak pengasuhan hanya ada pada ayah. Andaikan hak asuh bersama nyatanya dianut tidaklah mungkin terjadi penerapan undang-undang yang salah oleh penegak hukum (baca: kepolisian) dengan melakukan upaya paksa (penangkapan, penahanan) terhadap seorang ibu yang menjemput, misalnya anaknya di sekolah dan membawanya pulang. Logika hukum sang polisi memang salah apalagi jika memang tingkat kecerdasannya rendah, maka mau tak mau seorang ibu ”dikriminalisasikan”¹² gara-gara hanya ingin ketemu dengan anaknya sendiri.¹³ Karena sang polisi menganggap hak

11 Menurut Richard Gardner (1985) menyebutkan *parent alienation* sebagai gangguan yang hampir selalu muncul secara eksklusif dalam konteks persengketaan hak asuh anak. Ini terjadi akibat salah satu pihak orang tua (yang mengasingkan) melakukan pencemaran terhadap orang tua lainnya (yang diasingkan). Hal ini menyebabkan anak merasa terasing dari salah satu pihak orang tuanya. Tidak menutup kemungkinan anak mulai menunjukkan tanda-tanda kebencian kepada salah satu orang tuanya (yang diasingkan) tersebut karena secara tidak sadar orang tua yang mengasingkan telah mencuci otak anak tersebut untuk membenci orang tuanya (yang diasingkan).

12 Sengaja penulis memberi tanda kutip istilah kriminalisasi karena dalam bidang kajian kriminologi istilah tersebut tidaklah berkonotasi negatif, melainkan diartikan sebagai suatu perbuatan yang dulunya bukan kejahatan kemudian oleh undang-undang diklasifikasi sebagai kejahatan, misalnya penyalahgunaan narkoba

13 Salah satu contoh kasus dari peristiwa yang kemudian menyeret seorang ibu berurusan dengan kantor polisi adalah pada perebutan hak asuh (*custody right*) di Jawa Barat/Bandung, yaitu perebutan anak (Jason Soetanto Putra) antara Fransisca d1p3an Peter Soetanto. Meskipun oleh MA hingga peninjauan kembali, hak asuh atas Jason jatuh ke Peter Sutanto (ayahnya). Akhirnya Jason tetap memilih berada dalam kuasa asuh (baca: dirawat) ibu, setelah dibujuk oleh ibunya dan saudaranya David. Kemudian Peter melakukan pelaporan bahwa mantan isterinya telah melakukan penculikan terhadap anaknya, karena dasarnya sang ayah bahwa dia

pengasuhan sudah tercabut dari sang Ibu. Sepertinya kajian konseptual hukum harus kembali membentuk asas hukum, “*Perceraian tidak memutus pemeliharaan anak, perceraian tidak dapat memutus nazab antara anak dengan kedua orang tuanya.*”

Ada banyak sumbangsi yang dapat diperankan oleh psikolog dalam dunia hukum terutama dalam kasus penentuan hak asuh anak. Riset psikologi (*brief*) dapat digunakan sebagai acuan bagi sang hakim dalam melihat siapa yang berkompeten melakukan pemeliharaan terhadap sang anak, psikolog juga dapat menjadi mediator¹⁴ dalam hal perebutan hak asuh anak, bahkan lebih jauh psikolog dapat menjadi saksi ahli. Meskipun sistem peradilan dalam kasus perdata tidak dimasukkan saksi ahli sebagai alat bukti dalam kasus-kasus perdata (*private law*) namun hal tersebut dapat menjadi bukti tambahan yang dapat menguatkan keyakinan hakim.¹⁵ Sehingga penatalaksanaan hak asuh jatuh ke tangan siapa yang layak (apakah Ibu atau Ayah?)

Untuk mempertajam analisis psikologi terhadap hukum dalam kasus hukum yang diangkat dalam tulisan ini, maka fokus permasalahan hanya dititikberatkan pada dua permasalahan yaitu:

1. Bagaimana kontribusi Psikologi hukum memandang sehingga ibu yang kompeten mendapatkan penguasaan hak asuh ?
2. Bagaimana kontribusi psikologi hukum memandang sehingga ayah yang kompeten mendapatkan penguasaan hak asuh ?

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Hak Asuh Ibu (*Mother Custody*)

Apakah Pasal 105 kompilasi Hukum Islam yang mengatur masalah hak asuh anak yang dibawah umur (*mumayyis*) itu salah ? jawabannya, dalam kacamata psikologi tidaklah salah, juga tidak benar. Karena itulah ilmu empirik yang memang sifatnya bebas nilai. Apalagi psikologi tidak berbicara dalam wilayah kepastian hukum, tidak berbicara tentang adil-

berwenang penuh memelihara anaknya. (lebih jelasnya lihat penjelasan dalam kacamata psikologi melalui link: <http://www.negarahukum.com/hukum/normatifisasi-hak-asuh-bersama.html>). Kasus lain juga dapat diamati pada putusan Pengadilan Agama Jakarta terhadap seorang ibu yang bernama Yuli, malah hak asuh diberikan kepada sang ayah hanya karena alasan si ayah dari segi perekonomian lebih bercukupan. Oleh Seto Mulyadi (Ketua KPAI) melakukan pelaporan terhadap putusan tersebut yang dianggap hakim tidak mempertimbangkan aspek psikologi ke dua anak yang masih di bawah umur, dengan semena-mena hakim mengalihkan hak asuh ke ayah pada anak yang berumur di bawah umur 12 tahun yang mestinya diasuh oleh ibunya.

14 Sebagai contoh kasusu dalam perceraian Ahmad Dani dan Maia Ketua komisi perlindungan Anak Seto Mulyadi pernah menjadi mediator dalam penentuan penguasaan hak asuh anak terhadap kedua pasangan tersebut.

15 Salah satu juga contoh kasus pernah dimanfaatkannya saksi ahli dalam persidang perceraian adalah kasus perceraian artis Yulia Rahman dan Demian Aditya yang menggunakan Psikolog Forensik untuk menganalisis tentang *borderlines personality* (perilaku menyimpang dari Yulia Rahman)

tidaknya aturan itu. Bahkan pembahasan psikologi selalu berbicara dalam kemungkinan saja (*possible/impossible*). Maka prediksi yang digunakan ibarat ramalan cuaca dari gejala-gejala yang diamatinya.

Senada dengan apa yang dikemukakan oleh oleh Mark Conztanzo bahwa psikologi tertarik untuk menemukan kebenaran sedangkan sistem hukum lebih tertarik untuk memberikan keadilan. Jadi keterkaitan psikologi sebagai alat bantu dalam hukum adalah berperan memberikan penjelasan yang lengkap dan akurat mengenai perilaku manusia, karena tujuan hukum adalah mengatur perilaku manusia.¹⁶

Nampaknya di Negara manapun di dunia ini tidak ada yang membantah kalau terjadi perceraian dalam rumah tangga. Maka jawaban dari siapa yang kompeten untuk mengasuh anak pasti adalah Ibu. Bahkan Negara liberal yang sangat individualis-pun. Berdasarkan berbagai riset psikologi membenarkan jika anak yang berada di bawah umur (tahun-tahun rentan memang selayaknya ibu saja yang memeliharanya).

Merunut ke belakang dari beberapa pendapat yang dikemukakan oleh pakar psikologi menguraikan bahwa ibulah yang paling memegang peranan penting di saat anak sedang dilahirkan hingga menanjak usia remaja. Dari masa pencarian identitas (*self identity*) hingga masuk ke fase pertumbuhan usia dewasa (yakni sang anak dapat dikatakan mandiri/ tanpa bergantung total dari pelayanan kebutuhan fisik/afektif, biologis dan kognitif dari kedua orang tuanya).

Doktrin keibuan itu pertama kali dituangkan oleh tokoh psikoanalisis yang bernama Sigmund Freud. Pikirannya yang paling penting dan masih berpengaruh kuat hingga sekarang adalah teorinya tentang perkembangan sosial seorang sangat ditentukan oleh pengalaman awal pada masa kanak-kanaknya. Menurut Freud, tingkat pemuasan pada masa kanak-kanaknya akan mempengaruhi tingkah laku seseorang dikemudian hari.

Teori yang mengemukakan bahwa ibu yang layak mengasuh sang anak jika suatu waktu terjadi perceraian. Didasarkan pada teori Oedipus Complex Freud¹⁷. Dianalisis secara biologis, bahwa sang ibulah yang merasakan masa-masa kehamilan, masa pertumbuhan hormon di saat fase kehamilan. Sedangkan sang ayah justru tidak merasakan apa-apa dari awal hingga lahirnya sang anak tersebut.

Oleh karena itu kedekatan emosional terhadap sang anak juga sudah pasti lebih dirasakan sang ibu. Ibulah yang menyusui sang bayi, menyuapi makanan, menggantikan popok, mengerti apa yang dibutuhkan si bayi jika ia menangis. Sementara ayah lebih banyak mengurus pekerjaan luar, berurusan dengan lingkungan kantor kerja, maka waktu untuk bersama dengan anak-anaknya sangat minim.

16 Dikutip pada laman website: <http://www.negarahukum.com/hukum/psikologi-hukum-psyco-legal.html>

17 Legenda Oedipus mengisahkan anak membunuh ayahnya demi cinta pada ibu.

Senada dengan Bowlby,¹⁸ dalam *The Nature of Childs Tie To His Mother* juga mengemukakan alasan sehingga pengasuhan terhadap ibu layak untuk dipertahankan beralasan bahwa sikap ketergantungan anak-anak pada ibu terbentuk karena ibu peka menanggapi setiap aktivitas bayi seperti menangis, senyum, menyusu dan manja. Ibu adalah orang yang pertama dan utama yang menjalin ikatan batin dan emosional dengan anak. Hanya ibulah yang dapat dengan cepat mengerti dan mampu menanggapi setiap gerak-gerik bayi. Ibu segera tahu kalau anaknya hendak menangis, senyum atau lapar. Bahkan Bowlby pernah mengkritik lembaga rumah yatim piatu yang dianggapnya sebagai tempat yang tidak menumbuhkan perilaku sosial dan emosional pada anak, terutama karena anak-anak di tempat-tempat itu tidak mengalami suasana keibuan. Pandangan Bowlby ini juga disambut hangat oleh beberapa ahli psikologi lain seperti Rene Spitz dan Margaret Ribble.

Teori yang dimukakan kedua tokoh psikologi tersebut di atas banyak juga diperkuat dengan riset laboratorium. Oleh psikologi menamakannya sebagai psikologi eksperimental. Yakni suatu metode dengan pengendalian dan pengaturan yang cermat ke dalam suatu laboratorium, dimana kondisi-kondisi dapat dimanipulasi dengan menggunakan peralatan tertentu, misalnya bagaimana mengangkat keabsahan dengan menggunakan alat bukti, pengabsahan dari hasil riset yang cermat dan prosedural.¹⁹

Riset eksperimental yang dapat menjadi argumentasi kuat oleh kalangan psikolog sehingga doktrin keibuan dapat dijadikan dasar hak asuh ibu dapat diamati pada penelitian yang pernah dilakukan oleh Ivor De Vore yang meneliti bagaimana Babon jantan hanya sedikit tertarik kepada anaknya. Babon ini hanya berperan melindungi anak dari ancaman bahaya dan menjaga situasi keamanan secara keseluruhan. Begitupula jenis kera lain memperlihatkan gambaran yang sama. Harry Harlow dan koleganya mengadakan penelitian dengan mengamati bagaimana reaksi kera jantan dan kera betina terhadap anaknya dalam percobaan laboratorium. Hasilnya begitu jelas, ada perbedaan sikap diantara keduanya. Kera Betina empat kali lebih sering bersama anaknya dari pada kera jantan, dan kera jantan sepuluh kali lebih sering menjauhi anaknya dari pada kera betina. Bukti ini menunjukkan jenis kera jantan itu kurang terlibat dalam mengasuh anak dibandingkan kera jenis betina.²⁰

18 Robert Iwtason and Henry Clay lindgren. 1974, *Psychology Of The Child*, New York: Jon Wiley and Sons. Hal 198-199

19 Riset dengan perbandingan manusia dengan binatang dalam dunia psikologi merupakan pekerjaan yang rutin dilakukan oleh para psikolog eksperimental. Bisa dilihat pada pekerjaan seorang psikolog yang mengetes alam bahwa sadar seseorang, melalui analogi percobaan pemberian makanan terhadap anjing yang penuh pencahayaan kemudian dihidangkan makanan di depannya. Pada saat makanan itu dihilangkan di depan anjing tersebut ternyata dengan mematikan berulang-ulang pencahayaan, berpengaruh terhadap kesadaran anjing hingga anjing tersebut mengeluarkan air liur, padahal makanan sudah tidak ada lagi di depannya.

20 Rose de Parke. 1981, *Fathering*, London: Fontana Paperback, Hal 15.

Selain pertimbangan psikologis dan biologis yang dijadikan alasan sehingga hak asuh anak lebih banyak diberikan kepada ibu. Juga didukung oleh doktrin *tender years* (masa anak-anak dalam tahun rentan). Sebelumnya, doktrin *tender years* jauh lebih awal didahului dengan doktrin yang disebut *property rights* yang berkembang di dalam hukum Inggris. Doktrin ini beranggapan bahwa anak merupakan properti. Pada penerapannya, ketika ada persengketaan hak asuh anak, ayah dipandang sebagai pihak yang paling berhak untuk mendapatkan hak asuh anak. Pertimbangannya, karena laki-laki merupakan pihak yang dianggap paling berhak bagi properti/ hak kepemilikan, maka hak asuh jatuh di tangan ayah.²¹

Seiring Perkembangnya zaman, pada saat era revolusi Industri muncul paradigma yang disebut sebagai *tender years*.²² Berbeda dengan doktrin *property rights*, kali ini ayah tidak lagi dianggap sebagai pihak yang paling berhak untuk mendapatkan hak asuh anak. Ayah dipandang sebagai orang tua yang kurang mampu memenuhi kebutuhan anak yang usianya masih berada pada tahun-tahun peka tersebut (Ackerman: 1999). Preferensi hak asuh pun bergeser menjadi hak ibu. Doktrin *tender years* semakin kuat pada akhir abad kesembilan belas menjadi standar utama untuk memutuskan hak asuh anak. Doktrin ini diartikulasikan pada tahun 1989 di dalam kasus *People V, Hickey*.²³

“Bayi yang berada dalam tahun-tahun yang membutuhkan kelembutan secara umum akan tinggal dengan ibunya, selama tidak ada keberatan terhadap ibu, bahkan meskipun si ayah tidak bersalah, karena ketidakmampuan untuk memberikan kelembutan secara alamiah dibutuhkan bayi, yang hanya dapat diberikan oleh ibunya, dan aturan ini akan berlaku lebih keras di dalam kasus anak perempuan dengan umur yang lebih lanjut.”

Selain itu, doktrin pengasuhan ibu juga dapat diamati pada kegiatan hakim (Inggris dan Amerika) mencari argumentasi hukum penatalaksanaan hak asuh terhadap ibu dengan berpedoman pada yang disebut *Preferred Custody Arrangement* (Preferensi Penatalaksanaan Hak Asuh). Preferensi ini mengatakan bahwa hak pengasuhan primer wajib diutamakan kecuali jika tidak dapat dibuktikan bahwa pengaturan semacam itu tidak cocok dengan kepentingan terbaik sang anak. *Primary Caretaker Preference* (Preferensi Pengasuhan Primer) menyatakan bahwa pengadilan harus memberikan hak asuh primer kepada orang tua yang menjadi penanggung jawab primer dalam proses membesarkan anaka mereka sebelum terjadi perceraian. Pengadilan menyatakan bahwa kontinuitas pengasuhan dan kehangatan, konsistensi dan kontinuitas hubungan primer penting bagi kesejahteraan anak.

21 Mark Constanzo. 2006. *Aplikasi Psikologi dalam Sistem Hukum (Psychology Applied To Law)*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar. Hal.362

22 Tetapi doktrin ini telah mendapat kritik di AS, dari kelompok pejuang yang mengatasnamakan pemenuhan hak yang sama untuk seorang ayah, melanggar amandemen ke-14 konstitusi AS dalam [Equal Protection Clause](#). Doktrin yang terbaik adalah didasarkan pada kepentingan terbaik anak (*the best interest of the child*).

23 Mark Constanzo, *op.cit*, Hal. 360

Preferensi pengasuhan primer sebenarnya juga tidak jauh berbeda dengan alasan psikologis dan biologis jika ditelaah metode yang digunakannya. Karena yang menjadi pertimbangan penentuan hak asuh juga didasarkan, kepada siapa yang lebih banyak memerhatikan kemauan si anak, siapa pengasuh utamanya, siapa yang menyiapkan makanan, mencuci pakaiannya, memandikan, dan mendandani anaknya, menidurkan dan membangunkan anaknya di pagi hari. Jelas dari sudut psikologis dan kecenderungan sebagian besar keluarga nyata yang berperan dalam posisi tersebut adalah pihak ibu. Bahkan diperkuat dengan riset Hetherington, Bridges, Insabella di Negara bagian Amerika ternyata satandar pengasuhan primer lebih banyak juga memberikan hak asuh kepada ibu di 84 % kasus.²⁴

Dalam Kompilasi Hukum Islam pun Pasal 105 yang menetapkan hak pengasuhan pada posisi ibu berarti dapat dikatakan bahwa KHI juga menganut doktrin *tender years*. Bukanlah suatu kebetulan jika Kompilasi Hukum Islam menganut doktrin tersebut. Oleh karena rohnya aturan tersebut dari perdebatan, konsorsium, fatwa para kalangan agama yang dikonstatir ke dalam undang-undang tersebut. Salah satu yang sering dijadikan alasan sehingga anak yang masih dibawah umur adalah hadits yang diriwayatkan oleh Ahmad, Abu Daud, dan Al-Hakim telah meriwayatkan dari Abdullah bin ‘Amr:

Bahwa seorang wanita berkata, “Ya Rasul Allah, sesungguhnya anak saya ini, perut sayalah yang telah mengandungnya, dan tetek sayalah yang telah menjadi minumannya dan haribaankulah yang melindunginya. Tapi bapaknya telah menceraikan aku dan hendak menceraikan anakku pula dari sisiku.” Maka bersabdalah Rasulullah saw: “Engkaulah yang lebih berhak akan anak itu, selagi belum kawin (dengan orang lain).”²⁵

Meskipun dalam hukum positif menganut doktrin *tender years*. Terhadap penentuan hak asuh anak yang di bawah umur. Namun yang menjadi dasar dari siapa yang berhak melakukan hak pengasuhan tetap harus mengutamakan kepentingan terbaik pada sang anak.

Doktrin *tender years* juga sudah kian bergeser hingga saat ini. Jika dulunya hak kedua orang tua yang diutamakan maka saat ini bergeser ke hak anak. Karena itu, pertimbangan psikologi dan alasan biologis yang sudah mematok hak asuh mestinya ada pada ibu. Daya

24 *Ibid.* Hal. 361

25 Bandingkan dengan kasus di zaman khalifah Sayyidina Ali ibn Abu Talib, pernah terjadi kasus perebutan hak asuh anak pasca-perceraian. Karena kedua orang tua sama-sama berkeras ingin menguasai anak, Sayyidina Ali memerintahkan agar si ayah memenggal badan anaknya dan membagi dua. Satu bagian untuk ayah dan satu bagian lain untuk ibu. Ayah setuju karena menganggapnya lebih adil. Namun ibu dari anak tersebut menangis dan menolak sebab kasihan anaknya dipenggal. Contoh riwayat itu menunjukkan bahwa si ibu lebih memiliki sensitivitas, rasa iba dan kedekatan psikologis dengan anak ketimbang ayahnya. Sehingga si ibu dianggap lebih mampu mengasuh, mendidik dan memahami kondisi psikologis anaknya. Oleh karena itu, hak asuh anak dijatuhkan kepada ibu (dikutip dari <http://www.negarahukum.com/hukum/hak-asuh-anak-dalam-undang-undang.html>)

keberlakuannya tidaklah mutlak mengikat hakim jika menangani kasus perebutan hak asuh. Apalagi dengan lahirnya Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana dalam undang-undang tersebut hak tumbuh kembang anak yang paling penting untuk diutamakan. Dengan memakai asas hukum *lex specialis derogate legi generally* dan *lex posterior derogate legi priori* tentunya undang-undang perlindungan anak mestinya lebih diutamakan oleh hakim.

Hak Asuh Ayah (*Father Custody*)

Meskipun pada kenyataannya, KHI sudah mematok bahwa putusan hak asuh anak terhadap anak yang di bawah umur 12 tahun adalah hak asuh ibu. Namun adakalanya hakim juga mengalihkan pengasuhan tersebut ke ayahnya. Dapat ditemui di dalam setiap putusan peradilan agama pada umumnya jika sang ibu keluar dari agama islam (baca: murtad) maka hakim akan mengalihkan hak asuh terhadap si ayahnya.

Terlepas dari perdebatan bahwa pengalihan hak asuh ke ayah adalah pelanggaran hak asasi terhadap salah satu pihak. Karena agama katanya hak yang dijamin oleh konstitusi (Pasal 29 UUD NRI 1945). Namun hemat penulis tetap konsisten bahwa perkawinan yang tunduk di bawah undang-undang perkawinan dan tata cara perkawinan berdasarkan hukum islam maka sudah mestinya juga pengadilan dalam memutuskan hak asuh anak berdasarkan konstruksi hukum Islam. Oleh karena hakim dapat melakukan ijtihad atau analogi untuk memperkuat pertimbangan hukumnya dalam melahirkan putusan bagi para pencari keadilan.

Setidaknya hanya alasan-alasan tertentu. Hakim kadang menjatuhkan atau mengalihkan hak pengasuhan kepada sang ayah. Diantaranya, jika si ibu dikenal sebagai pemboros, pejudi, pemabuk, pengguna narkotik, mengalami keterbelakangan mental. Maka kadangkala hakim akan mengalihkan hak pengasuhan ke ayahnya.

Sebenarnya alasan atau faktor psikologis dan biologis yang dianggap sebagai dasar acuan sehingga pengasuhan di bebaskan kepada ibu. Juga banyak mendapat bantahan dari beberapa penelitian psikologi terhadap masalah pengasuhan. Dengan alasan bahwa seorang ayah juga dapat membangun ruang kedekatan emosional dengan sang anaknya. Apalagi kondisi sekarang, dimana sulit membedakan antara pekerjaan laki-laki dan pekerjaan perempuan, yang tentunya alasan siapa yang paling memiliki banyak waktu dengan anaknya bukan lagi dimiliki oleh sang ibu saja.

Dalam suatu rumah tangga (keluarga) sering juga ditemui sang ayah yang berganti posisi sebagai orang tua yang layaknya ibu. Ayah yang berperan sebagai tukang cuci baju, memasak, mengganti popok bayi, menyuapi anaknya makanan, memegang dot minuman susu. Bahkan dalam saat tertentu seorang ayah yang harus gantian dengan sang istri menjaga anak, saat istri misalnya ingin keluar rumah karena dalam pasangan suami isteri tersebut.

Berhubung karena antara suami dan istri keduanya memiliki pekerjaan kantor. Tentu berbeda, dalam hal ini jika pasangan memilih untuk mengangkat pembantu (*baby sitter*) yang akan merawat anaknya. Walau bagaimanapun kedekatan psikologis dan hubungan emosional antara perawat bayi tidak dapat terbangun erat.

Watson Robert dan Henry Clay Lindgren dalam *psychology of the child*, menguraikan bahwa ilmu psikologi dalam sejarahnya hampir tidak pernah mengulas secara khusus masalah keayahan (*fatherhood*). Malah cenderung mengabaikannya. Posisi ayah akhirnya menjadi tidak begitu menarik dan penting dalam setiap uraian ilmu psikologi. Secara terbatas sekali, ilmu psikologi menyebut peran ayah dalam fungsinya sebagai orang tua, tetapi sebaliknya sangat menekankan pentingnya tokoh ibu dalam perkembangan anak. Teori tentang keayahan baru muncul dan berkembang pada tahun 1970-an dan hasil penelitian banyak mengubah secara drastis konsep dan anggapan tentang keayahan.²⁶

Analisis dan anggapan bahwa faktor biologis yang membedakan peran ayah dengan ibu, kini tidak dianggap serius lagi dan hanya sebagai mitos saja. Ross De Parke, bahkan menegaskan:

Faktor biologis itu tidak dapat lagi digunakan sebagai argumentasi untuk menjelaskan perbedaan ayah dan ibu dalam kehidupan keluarga. Pandangan lama tentang ayah dan perannya hanyalah suatu penyimpangan pikiran zaman. Sudah muncul revolusi pemikiran yang menempatkan tokoh ayah penting dalam proses dan pengasuhan dan perkembangan anak. Tidak ada alasan yang kuat pula untuk menempatkan terlalu tinggi posisi ibu dalam perkembangan anak. Kini sudah sangat diragukan kesahihan pandangan yang membeda-bedakan posisi ayah dan ibu terhadap anak.

Tidak diragukan lagi bahwa ayah itu berperan penting dalam perkembangan anaknya secara langsung. Mereka dapat membelai, mengadakan kontak bahasa, berbicara, atau bercanda dengan anaknya. Semua itu akan sangat mempengaruhi perkembangan anak selanjutnya. Ayah juga dapat mengatur serta mengarahkan aktivitas anak. Misalnya menyadarkan anak bagaimana menghadapi lingkungan dan situasi di luar rumah. Ia memberi dorongan, membiarkan anak mengenal lebih banyak, melangkah lebih jauh, menyediakan perlengkapan permainan yang menarik, mengajar mereka membaca, mengajak anak untuk memperhatikan kejadian dan hal-hal yang menarik di luar rumah, serta mengajak anak berdiskusi.

Lebih lanjut Frank Pedersen,²⁷ juga pernah melakukan penelitian betapa besarnya peran seorang ayah kemudian. Sehingga ibu intens untuk memberi makan bayinya. Frank Pedersen mengamati ibu yang sedang menyuapi bayinya yang berusia empat minggu, dan kemudian menganalisis ketabahan ibu dalam mengasuh anaknya. Hasilnya, tinggi rendahnya

26 Dikutip pada laman website: <http://psycho-legal.blogspot.com/2011/03/aplikasi-psikologi-hukum-dalam-putus1p3an.html>

27 Save M. Dagun. 1990. *Psikologi Keluarga*. Jakarta: Rineka Cipta, Hal. 16

ketabahan ibu memberi makanan dan besar kecilnya kepekaan ibu terhadap anaknya lebih tergantung pada bagaimana kadar dan situasi hubungan suami istri. Ketika suami memberi dorongan kepada istri, si istri menjadi lebih efektif memberi makan kepada bayinya. Jelas dalam kondisi keluarga yang sudah tidak lagi terjalin hubungan kasih sayang, percekocokan yang terus-menerus antara pasangan suami istri berdasarkan pengamatan Frank Padersen ini, akan mempengaruhi ibu kurang bergairah lagi memberikan makan terhadap bayinya.

Pengujian terhadap betapa pentingnya peran ayah dengan perkembangan seorang anak dapat juga diamati berdasarkan riset yang dilakukan oleh Balnchard dan Biller Pada tahun 1971,²⁸ yang melakukan penelitian terhadap tiga empat kategori: kelompok pertama, anak yang ditinggalkan ayahnya sebelum usia lima tahun. Kelompok kedua, kelompok anak yang ditinggalakan ayahnya setelah lima tahun. Kelompok ketiga, anak yang tidak dekat dengan ayahnya kurang dari enam jam perminggu. Dan kelompok keempat adalah anak dimana ayahnya tidak terlibat penuh. Dalam kelompok anak yang ditinggalkan ayah sebelum lima tahun kelihatan sekali bahwa kemampaun akademiknya menurun dibandingkan dengan anak yang ayahnya terlibat dalam pembinaan dan perkembangan anak.

Argumentasi para peneliti yang menggeser kemudian alasan psikologis dan biologis yang menyebabkan sehingga ibu lebih layak mendapatkan hak pengasuhan. Juga dibuktikan dengan suatu tanda dimana era yang telah menggeser pola kehidupan lama, ketika istri yang biasanya tinggal di rumah namun dengan era modern saat ini. Dunia yang dilipat dengan memacu kecepatan waktu waktu, banyak ibu (wanita karir) yang bekerja di luar rumah dan ayah tinggal bersama anak-anaknya di rumah.

Bahkan alasan psikologis yang dijadikan senjata andalan oleh para penganut doktrin *tender years* dibantah oleh penganut keayahan (*fatherhood*) dengan memperlihatkan bahwa seorang ayah juga dapat merasakan betapa menderitanya seorang istri mengandung cabang bayinya. Fase kehamilan seorang ibu jelas banyak mengalami kecemasan, dan dalam kondisi seperti itu pada umumnya seorang suami akan lebih intens bersama dengan istrinya, menyanggupi segala kemauan istrinya. Katanya ayah yang ideal adalah ayah yang bersama istrinya mengikuti kursus kelahiran, membantu isterinya pada saat bersalin, hadir pada saat bayi lahir, dan ikut memberi makan pada anaknya.

Alasan pengasuhan karena faktor biologis semata dipandang bisa menyesatkan. Sebab ada sebagian suku tertentu di muka bumi yang memiliki sistem pembagian tugas yang jelas antara ayah dan ibu dalam mengasuh anak. Contohnya suku Trobrianders di kepulauan Melanesia.²⁹ Sang ayah justru aktif mengasuh, memberi makan, dan mengajak anaknya jalan bersama-sama. Pada suku Taira di Okinawa dan suku Ilocos di Philipina juga berlaku hal

²⁸ *Ibid*, Hal. 13-14

²⁹ *Ibid*, Hal. 10

serupa di mana ayah dan ibu sama-sama berperan mengasuh bayi dan anaknya.

Para penganut doktrin *fatherhood* juga menunjukkan bukti eksperimental dengan memabantah hasil penelitian Ivor De Vore yang menyatakan babon betina lebih cenderung memerhatikan anaknya ketimbang Babon betina. Dia adalah William Redican yang memelihara kera, kemudian dimasukkan dalam ruangan laboratorium untuk diamati dan dalam jangka waktu yang lama ternyata perilaku kera jantan terhadap anak kera itu bagaikan anak kera dengan induknya.³⁰ Demikian juga hasil penelitian Jay Rosenbalt dan koleganya. Mereka meneliti kaitan antara pembentukan hormon dengan peran pengasuh anak. Hasil penelitian yang cermat memperlihatkan bahwa baik tikus betina yang belum kawin dan tikus jantan memperlihatkan sikap keorangtuaan terhadap anak tikus (dari induk lain) yang baru lahir. Maka Rosenblaat menyimpulkan, perilaku keindukan tidak tergantung lagi pada proses perubahan hormon yang mungkin terjadi sewaktu kehamilan.³¹

Dari bukti-bukti yang ditunjukkan di atas, di mana peran ayah juga dapat menjadi dominan dalam hal hak pengasuhan. Membuktikan bahwa konsep pengasuhan mulai bergeser ke ayah. Pada keluarga yang si ibu yang bekerja di luar rumah, dapat saja ia bersikap menolak mengasuh anak. Di Amerika serikat, pada tahun 1979 hampir 10% kaum ayah mengambil alih tanggung jawab mengasuh anak, sementara di Inggris mencapai 7%. Kecenderungan seorang ayah kemudian, sehingga berani mengambil alih hak pengasuhan ternyata dilatari oleh pengalaman sang ayah, pembentukan karakter mereka ketika masih anak-anak hingga dewasa.

Kelin Gersick,³² mengadakan penelitian terhadap 40 seorang ayah. Setengah dari jumlah ini adalah ayah yang mengasuh anaknya dan setengahnya tidak. Dan yang berani mengasuh anaknya adalah kelompok ayah yang sudah berpengalaman, usia relatif lebih tua, ekonomi berkecukupan, dan lebih mengenal aturan hukum. Kemudian sang ayah tidak berasal dari keluarga yang mengalami keretakan.

Bahkan secara ekstrim, Gersickk mengungkapkan bahwa kelompok yang berani mengasuh anaknya cenderung berasal dari keluarga yang ketika masih kecil ia disayang ibunya dan si ibu tidak sibuk bekerja di luar rumah. Dalam keluarga ini kelak, anak laki-laki ini menjadikan ibunya sebagai proses identifikasi. Dalam dirinya tertanam nilai cinta. Ketika ia mengalami kasus perceraian maka nilai-nilai yang telah dimilikinya dapat diterapkan pada anaknya.

Hal yang menarik juga dalam kasus perceraian kemudian diasuh oleh pihak ayah. Rupanya suami yang bercerai dengan istrinya serta dibebani dengan memlihara anak maka

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid*, Hal 11

³² *Ibid*, Hal 128-129

ia menanggung berbagi beban. Beban yang paling berat adalah bagaimana memahami perkembangan anak. Dalam situasi yang seperti itu jelas ayah dan anak saling membutuhkan timbal-balik (komunikasi dua arah). Anak membutuhkan ayah dan ayah juga membutuhkan anak. Teori tersebut lahir berdasarkan penelitian Kristine Rosental dan Harry Keshet terhadap 29 orang ayah yang bercerai dengan istrinya.

Memang dalam kenyataannya tidak dapat dipungkiri faktor psikologis dan biologis menjadi alasan pendukung utama hak pengasuhan lebih dominan ke ibu. Namun tidak dapat diindahkan juga faktor sosial, ideologi, situasi lingkungan, kebudayaan dan tradisi yang seringkali berbeda-beda memungkinkan seorang anak lebih pantas diasuh oleh ayahnya.

Munculnya gejala pengambilalihan pengasuhan oleh seorang ayah dalam beberapa kasus. Tampaknya hanya anak laki-laki yang lebih cocok untuk bersama dengan ayahnya, sementara anak perempuan lebih pantas bersama dengan ibunya. Sebagaimana Santrock dan Warshak mengatakan bahwa anak laki-laki yang diasuh oleh ayahnya menunjukkan adanya sikap menguntungkan. Anak laki-laki akan berkembang lebih matang dengan dan interaksi sosialnya pun lebih baik. Ia juga memperlihatkan kesadaran yang tinggi. Demikian halnya juga berlaku terhadap anak perempuan yang diasuh oleh ibunya akan memperlihatkan segi positif, sikap ketergantungan berkurang, ia lebih bebas dan berkembang lebih matang.

Dalam kondisi yang seperti ini sumbangsi psikologi terhadap hukum (*psychology in law*) disamping dikenal adanya hak asuh tunggal (*sole custody*), kemudian muncul hak asuh bersama (*joint custody*). *Joint custody* adalah hak asuh yang diberikan kepada kedua orang tua (ayah dan ibu) untuk mengasuh anaknya. Dalam tipe hak asuh ini, meskipun bercerai, anak tetap dapat diasuh oleh kedua orang tuanya secara bergantian. Lewat risetnya, Felner dan Terre, menjelaskan, waktu bagi anak untuk melewati pengasuhan secara fisik pada masing-masing orang tua relatif sama.

Di samping *sole* dan *joint custody*, pada praktiknya hakim juga bisa menjatuhkan hak asuh terbelah (*split custody*) ketika pemegang hak asuh anak terbagi menjadi dua pihak. Wrightsman dan Folero,³³ menjelaskan, dengan menerapkan hak asuh terbelah, salah satu anak hidup bersama salah satu orang tua, sementara anak yang lain tinggal bersama orang tua lainnya. Hal ini berarti ke depannya, mau tak mau kondisi psikologis anak yang menekankan pada pengutamakan kepentingan terbaik si anak maka istilah hak asuh terbelah (*split custody*) juga harus menjadi salah satu solusi alternatif ketika terjadi perebutan hak asuh anak.

33 Dikutip pada laman website: <http://www.thesis.binus.ac.id/2011-2-01093-PS%20Bab200>

PENUTUP

Kontribusi psikologi hukum (*psychology in law*) dalam penentuan hak asuh ayah dan hak asuh ibu. *Pertama*, alasan psikologis, kondisi biologis sang ibu, faktor kedekatan emosional yang menyebabkan sehingga pengutamaan hak asuh untuk ibu bagi anak yang masih di bawah umur. *Kedua*, hak asuh ayah, hanya cenderung terjadi pengalihan hak asuh kepadanya. Jika seorang ibu memang dianggap benar-benar tidak layak dapat memelihara anaknya. Misalnya jika sang ibu pemboros, pejudi, mengalami keterbelakangan mental, atau sama sekali menolak untuk mengasuh anaknya.

Namun jika mengacu pada beberapa instrument hukum yang ada. Baik Konvensi Anak (UCRC), UU HAM, UUPA, UUP dan UUD NRI 1945 seorang anak yang berhak mendapat pemeliharaan dari kedua orang tuanya (ayah/ ibu). Berarti kepentingan terbaik terhadap si anak (*the best interest of the child*), hakim tidak boleh lagi menjadikan Pasal 105 KHI sebagai teks atau pasal “permanen” yang harus diikuti dalam penentuan siapa yang berhak melakukan pengasuhan.

Pasal 105 KHI yang mengutamakan hak asuh ibu bagi anak yang di bawah umur merupakan ketentuan umum (*lex generalis*) dari UUPA. Itu artinya tidak mengatur masalah dan kepentingan anak secara keseluruhan. Dengan hadirnya undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan anak, berarti telah menjadi *lex specialist* yang harus diikuti oleh hakim. Jika dulunya penentuan hak asuh anak lebih ditekankan pada hak kedua orang tua. Sumbangsi psikologi terhadap hukum menggeser pada hak sang anak yang lebih utama. KHI yang menganut preferensi gender sebagai alasan pemberian hak asuh ibu harus lebih mengutamakan penerapan UUPA.

DAFTAR PUSTAKA

- Agoes Dariyo. 2004. *Psikologi Perkembangan Remaja*. Bogor: Ghalia Indonesia.
- Alex Sobur. 2003. *Psikologi umum*. Bandung: Pustaka Setia.
- American Psychological Association. 2010. *Guidelines for Child Custody Evaluation in family law Proceedings*, 65. 863-867.
- Bambang Mulyono. 1984. *Pendekatan Analisis Kenakalan Remaja dan Penaggulangannya*. Yogyakarta: kanisius.
- Bartol, Curt R. 1983. *Psychology In American Law*. California: A Division Of Wadsworth.
- Baron, S. 2003. *Issue facing family courts: The scope of family court intervention. Journal of the Center for Children and the Courts*, 4, 115-129.
- Berry, John W, et al. 1999. *Psikologi Lintas Budaya: Riset dan Aplikasi*. Penerjemah Edi Suhardono. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama

- Bow, J.N. & Quinnell, F.A. (2004). Critique of child custody evaluations by the legal profession. *Family Court Review*, 42(1), 115-127.
- Dagun, Save M. 1990. *Psikologi Keluarga*. Jakarta: Rineka Cipta.
- Damang. 2012. "Memaknai Perilaku Hukum Pidato SBY". *Harian Tribun Timur*. 19 Oktober 2012.
- _____. 2012. "Belajar Toleransi dan Perilaku Hukum dari Banuroja". *Harian Fajar*. 4 Juli 2012.
- _____. 2012. "Berdamai dengan Perilaku Hukum Pengendara Bentor". Dikutip pada laman: <http://www.negarahukum.com/hukum/berdamai-dengan-perilaku-hukum.html>.
- Djamaludin Ancok. 1996. *Nuansa Psikologi Pembangunan*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Felner, R.D., & Terre, L. (1987). Child Custody Dispositions And Children's Adaptation Following Divorce. dalam L.A. Weithorn (Ed.), *Psychology And Child Custody Determinations: Knowledge, roles, and expertise* (hal. 106-153). Lincoln: University of Nebraska Press.
- Hendra Akhadiat dan Rosleny Marliani. 2011. *Psikologi Hukum*. Bandung: Pustaka Setia.
- Hurlock, Elisabeth B. 1988. *Perkembangan Anak (jilid 1 Child Development)*. Diterjemahkan oleh Mertasari Tjandrasa. Jakarta: Erlangga.
- Ludfi Bares dan Tekun Saragih, 2011. *Psikologi Forensik*. Yogyakarta: leutikaprio.
- Mark Constanzo. 2006. *Aplikasi Psikologi dalam Sistem Hukum (Psychology Aplied To Law)*. Diterjemahkan oleh Helly Prajitno soetjipto. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Monks, F.J. 1984. *Psikologi Perkembangan, Pengantar dalam Berbagai Bagiannya*. Diterjemahkan oleh Nijmegen. Yogyakarta: Gaja Mada university Press.
- Musakkir. *Putusan Hakim yang Diskriminatif dalam Perkara Pidana di Sulawesi Selatan (Suatu Analisis Hukum Empiris)*, Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makassar, 2005.
- Paul Henry Mussen. et.all. 1989. *Psikologi Kepribadian Anak*. Diterjemahkan oleh Budiyanto. Edisi keenam. Jakarta: Arcan.
- Prawirohamidjojo, et.all. 1995. *Hukum Orang dan Keluarga*. Surabaya: Airlangga University Press.
- Reni Akbar dan Hawadi. 2001. *Psikologi Perkembangan Anak*. Jakarta: PT Grasindo.
- Weithorn, Lois A. 1987. *Psychology and Child Custody Determinations: Knowledge, Roles, and Expertise*. University of Nebraska Press.
- Yusti Probowati Rahayu. 2000. *Di Balik Putusan Hakim*. Sidoarjo: Citra Media.

TELAAH ATAS REFORMA AGRARIA UNTUK KEADILAN DAN KESEJAHTERAAN DALAM TATARAN TEORI KEBENARAN

Oleh:

Asmarani Ramli

Universitas Sulawesi Barat

E-mail: asmarani.tjatjo@yahoo.com

Abstract: *Agrarian reform is an important strategy in ensuring justice and public welfare, because agrarian reform will ensure certainty of land rights, a most important means of human kenidupan. Through ownership of this land, then the public is able to improve their lives because the soil is a major asset to obtain venture capital. Implementation of agrarian reform is more precise in terms of the consensus theory of truth because of the members of the agrarian reform support organization is expected to provide new insights in the implementation of agrarian reform in the present.*

Keywords: *Agrarian Reform, Theory of Truth*

Abstrak: *Reforma agraria merupakan strategi penting dalam menjamin keadilan dan kesejahteraan masyarakat, karena reforma agraria menjamin kepastian akan hak atas tanah, suatu sarana terpenting dalam kenidupan manusia. Melalui kepemilikan atas tanah inilah, maka masyarakat mampu untuk memperbaiki kehidupannya karena tanah adalah aset utama untuk mendapatkan modal usaha. Pelaksanaan reforma agraria lebih tepat ditinjau dari teori kebenaran konsensus karena dari para anggota-anggota organisasi pendukung reforma agraria diharapkan dapat memberikan pemikiran-pemikiran baru dalam pelaksanaan reforma agraria di masa kini.*

Kata Kunci: *Reforma Agraria, Teori Kebenaran*

PENDAHULUAN

Dalam filsafat ilmu, kebenaran menempati kedudukan yang penting. Ia merupakan sarana untuk menerangkan dan memahami suatu keadaan atau masalah secara lebih baik. Sebagai suatu cabang filsafat ilmu, kebenaran juga memiliki beberapa teori dalam mendeskripsikan obyeknya diantaranya adalah teori kebenaran korespondensi, teori kebenaran koherensi, teori kebenaran pragmatis, teori kebenaran performatif dan teori kebenaran konsensus. Pemahaman dan pelaksanaan reforma agraria akan dikaji dengan menggunakan teori-teori kebenaran tersebut untuk dijadikan pijakan bahwa reforma agraria ditujukan untuk menciptakan keadilan dan kesejahteraan masyarakat.

Sejarah pertanian di Indonesia mengalami pasang surut sepanjang beberapa periode. Pada masa sebelum kemerdekaan, di Indonesia telah berlaku hukum adat yang mengatur mengenai penguasaan dan pemilikan tanah sesuai dengan hukum masyarakat adat. Namun pada saat Belanda menjajah, maka hukum yang berlaku di negaranya juga diberlakukan

di Indonesia. Sehingga hukum agraria Belanda telah menggeser hukum agraria yang telah lama diakui dan berlaku pada masyarakat adat. Hal ini membuat peraturan mengenai tanah menjadi dualisme yaitu peraturan tanah yang tunduk pada hukum adat dan peraturan tanah yang tunduk pada hukum Belanda.¹

Pada masa setelah kemerdekaan, para pendiri bangsa menyadari perlunya pengaturan ulang mengenai hukum pertanahan yaitu mengenai pemilikan dan penguasaannya. Titik utamanya adalah terhadap sistem sosial masyarakat tani dan perlunya gerakan tani dalam rangka memperjuangkan penataan ulang. Kebijakan liberalisasi pertanian yang diberlakukan Belanda dalam *agrarisch wet* 1870 telah mendorong untuk perlunya dikaji ulang hukum pertanahan yang berlaku di Indonesia. Pada tahun 1946, pemerintah membentuk panitia yang diarahkan untuk melakukan penyusunan undang-undang agraria sehingga hukum tanah Indonesia yang pluralistik dengan sistem kolonial dan feodal dapat segera diakhiri. Hal ini karena pemerintah menyadari bahwa peraturan pertanahan yang dibuat oleh Belanda dan Inggris sangat tidak berpihak kepada rakyat Indonesia.

Negara kesatuan Republik Indonesia yang berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) adalah negara hukum (konstitusional) yang memberikan jaminan dan memberikan perlindungan hak-hak atas warga negara, antara lain hak warga negara untuk mendapatkan, mempunyai dan menikmati tanah sebagai wujud dari tanah milik bersama seluruh warga Negara Indonesia. Hal ini untuk menciptakan kesejahteraan sesuai dengan yang diamanatkan dalam Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945.

Dengan demikian reforma agraria adalah agenda bangsa. Jika kemerdekaan adalah jembatan emas, dan kemerdekaan diisi dengan pembangunan, maka agenda pertama pembangunan, yang dihasilkan dari analisis terhadap kondisi obyektif saat itu, adalah restrukturisasi penguasaan tanah.² Untuk melaksanakan amanat konstitusi dan peraturan perundang-undangan mengenai kebijakan tanah untuk keadilan dan kesejahteraan masyarakat maka diterbitkan Peraturan Presiden Nomor 10 Tahun 2006 tentang Badan Pertanahan Nasional yang menegaskan bahwa Badan Pertanahan Nasional mempunyai tugas, melaksanakan tugas pemerintahan di bidang pertanahan secara nasional, regional dan sektoral. Menindaklanjuti Perpres tersebut, maka Presiden Republik Indonesia, Susilo Bambang Yudhoyono dalam pidato politiknya tanggal 31 Januari 2007, menyatakan secara tegas arah kebijakannya mengenai pertanahan, sebagaimana terlihat dari pernyataannya sebagai berikut:³

1 Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan pelaksanannya*, Jilid 1 *Hukum Tanah Nasional*, Jakarta: Djambatan, 1994, h. 48.

2 Ahmad Nashih Luthfi, *Melacak Sejarah Pemikiran Agraria Sumbangan Pemikiran Mazhab Bogor*, Yogyakarta: STPN Press, 2011, h. 5.

3 BPN RI, *Reforma Agraria, Mandat Politik, Konstitusi dan Hukum dalam Rangka Mewujudkan Tanah untuk Keadilan dan Kesejahteraan Rakyat*, 2007, h.7.

“Program Reforma Agraria...secara bertahap...akan dilaksanakan mulai tahun 2007 ini. Langkah itu dilakukan dengan mengalokasikan tanah bagi rakyat termiskin yang berasal dari hutan konversi dan tanah lain yang menurut hukum pertanahan kita boleh diperuntukkan bagi rakyat miskin. Inilah yang saya sebut sebagai prinsip Tanah untuk Keadilan dan Kesejahteraan Rakyat....(yang) saya anggap mutlak untuk dilakukan.”

Namun Indonesia sebagai negara pascakolonial sampai saat ini masih bergulat dengan persoalan ketidakadilan sosial. Hal ini terutama disebabkan oleh kurangnya kemauan politik pemerintah serta kebijakan pembangunan yang lebih mengarah pada upaya mengejar pertumbuhan tanpa memperhatikan pemerataan ekonomi, akibatnya dirasakan oleh rakyat terutama yang tidak memiliki tanah yang semakin terpuruk pada kemiskinan.⁴ kemiskinan yang terjadi adalah dalam bentuk kemiskinan struktural. Kemiskinan struktural ini terkait erat dengan ketimpangan struktural dalam hal penguasaan tanah sebagai sumber kemakmuran. Ada yang menguasai dan memiliki tanah dalam skala luas tetapi tidak dimanfaatkan dengan baik. Sementara sebaliknya, masih banyak rakyat yang tidak mempunyai tanah.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Dasar Hukum Hak atas Kepemilikan Tanah

Negara Indonesia yang berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) adalah negara hukum (konstitusional) yang memberikan jaminan dan memberikan perlindungan atas hak-hak warga negara, antara lain hak warga negara untuk mendapatkan, mempunyai dan menikmati hak milik.

Hak milik diatur dalam *Burgerlijk Wetboek* (BW) dan setelah diundangkannya Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA), hak tersebut masih berlaku dalam pengertian yang umum, yaitu sebagai pemilikan atau hak kepemilikan (*ownership*). Dalam Pasal 570 BW menegaskan bahwa:

“Hak milik adalah hak untuk menikmati suatu benda dengan sepenuhnya dan untuk menguasai benda itu dengan sebebas-bebasnya, asal tidak bertentangan dengan undang-undang atau peraturan umum yang diadakan oleh kekuasaan yang mempunyai wewenang untuk itu asal tidak mengganggu hak orang lain, kesemuanya dengan tidak mengurangi kemungkinan akan pencabutan hak itu untuk kepentingan umum, dengan pembayaran penggantian kerugian yang layak dan menurut ketentuan undang-undang.”

Pengertian dan ketentuan di atas, dapat disimpulkan bahwa hak milik merupakan hak yang paling utama jika dibandingkan dengan jenis hak yang lainnya karena yang berhak dapat menikmati dan menguasai sepenuhnya dan dapat melakukan perbuatan hukum terhadap suatu benda yang telah menjadi haknya.

Landasan idiil dari Hak milik adalah Pancasila dan UUD NRI 1945 sebagai satu keseluruhan. Dasar hukum kepemilikan tanah diatur dalam UUPA, yaitu Pasal 9 ayat (2)

4 Dikutip melalui situs: <http://jurnal.unhalu.ac.id>, Diakses pada tanggal 29 September 2011.

yang menegaskan bahwa “Tiap-tiap warga negara Indonesia, baik laki-laki maupun wanita mempunyai kesempatan yang sama untuk memperoleh sesuatu hak atas tanah serta untuk mendapat manfaat dan hasilnya, baik bagi diri sendiri maupun keluarganya.” Pasal ini mengandung asas kebangsaan yang merupakan tindak lanjut dari Pasal 1 ayat (1) dan (2) UUPA yang menegaskan bahwa “seluruh bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dalam wilayah Republik Indonesia sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa adalah bumi, air dan ruang angkasa bangsa Indonesia dan merupakan kekayaan nasional.”⁵

Berdasarkan hal tersebut, maka tidak sewajarnya ada warga negara Indonesia yang tidak memiliki tanah dengan status hak milik karena seluruh wilayah Republik Indonesia adalah hak milik bersama. Tidak diperbolehkan di satu sisi ada yang memiliki tanah yang banyak sementara di sisi lain ada yang tidak memiliki tanah. Hal ini sangat bertentangan dengan asas kenasionalan dan asas kebangsaan. Untuk itu diperlukan pelaksanaan reforma agraria yang tujuannya untuk mendistribusikan tanah kepada masyarakat yang tidak memiliki tanah agar tujuan dari UUPA yaitu untuk memakmurkan rakyat dapat tercapai.

Reforma Agraria untuk Keadilan dan Kesejahteraan

Pada dasarnya tujuan reforma agraria adalah membebaskan rakyat dari belenggu struktural yang tidak adil demi mengangkat derajat kehidupan sosial dan ekonomi mereka ke taraf yang lebih baik. Reforma agraria merupakan landasan bagi reformasi sosial bahkan menjadi landasan bagi terselenggaranya *civil society* di masa depan.⁶

Perhatian khusus terhadap golongan-golongan yang kurang mampu, termasuk kaum petani, merupakan tuntutan keadilan. Kesadaran itu terungkap dalam tuntutan bahwa negara harus mengusahakan keadilan sosial. Mengusahakan keadilan sosial berarti mengubah atau membongkar struktur-struktur ekonomis, politis, sosial dan budaya, serta ideologis yang menyebabkan segolongan orang tidak dapat memperoleh apa yang menjadi hak mereka atau tidak mendapat bagian yang wajar dari harta kekayaan dan hasil pekerjaan masyarakat secara keseluruhan.

Keadilan sosial sebagian besar hanya dapat diusahakan oleh negara karena kebijaksanaan-kebijaksanaan yang diambil negara mempunyai dampak paling besar terhadap perkembangan struktur-struktur yang relevan bagi proses-proses politik, ekonomis, sosial, budaya dan ideologis. Karena itu, keadilan merupakan prinsip normatif fundamental bagi negara. Negara wajib untuk selalu mengusahakan keadilan.⁷

5 Lihat, Penjelasan Umum UUPA.

6 Roman N Lendong, Konsolidasi Gerakan petani Bagi Percepatan Reforma Agraria, Jurnal Analisis Sosial Vol.7, No. 3 Desember 2002 Menegaskan Kembali Konteks Pembaruan Agraria, h. 57.

7 Erpan Faryadi, Tanpa Reforma Agraria Tidak Akan Ada Hak atas Pangan, *ibid*, h. 47.

Reforma Agraria sebagai sarana untuk mewujudkan tujuan tanah untuk keadilan dan kesejahteraan masyarakat merupakan suatu keharusan yang dalam pelaksanaannya disebut Program Pembaruan Agraria Nasional (PPAN). Makna pembaruan Agraria adalah restrukturisasi penggunaan, pemanfaatan, penguasaan dan pemilikan sumber-sumber agraria, terutama tanah yang mampu menajmin keadilan dan keberlanjutan peningkatan kesejahteraan rakyat.

Reforma agraria membawa manfaat bagi rakyat khususnya petani yang selama ini kurang diperhatikan oleh pemerintah. Endriatmo Soetarto menyatakan bahwa: “Urgensi reforma Agraria terletak pada posisi yang sama dengan pesan konstitusi (Pasal 33 ayat (3)) karena ia menggagas tentang perlunya perubahan tata agraria yang lebih berkeadilan lepas dari sejarah kelam rakyat tani Indonesia yang begitu panjang sejak masa kerajaan-kerajaan lokal, kolonial, dan bahkan pasca kemerdekaan.⁸ Untuk mengatasi kemiskinan di pedesaan, maka tak ada pilihan melainkan harus memberikan asset pada rakyat miskin berupa sumber-sumber kehidupan mereka, terutama tanah.⁹

Dengan melihat situasi ekonomi makro, saat ini merupakan momentum yang tepat bagi rezim untuk menerima dan menjalankan pembaruan agraria yang selama ini didorong oleh berbagai organisasi petani dan pendukungnya. Penataan ulang struktur agraria dan pemberian akses *reform* akan mampu mengurangi kemiskinan dan pengangguran serta memenuhi permintaan pasar yang cukup luas.¹⁰

Berdasarkan pertimbangan tersebut di atas maka reforma agraria mutlak untuk dilakukan untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat karena berdasarkan pernyataan Kepala BPN RI yang menyatakan bahwa penduduk miskin berjumlah 32,53 juta jiwa dan penduduk miskin perdesaan berjumlah 20,62 juta jiwa dengan rincian:

- a. Sebagian besar penduduk miskin hidup di perdesaan, dan bergantung pada pertanian;
- b. Penduduk miskin perdesaan ternyata 90% pekerja-pekerja keras tetapi tetap miskin; dan
- c. Penyebab utamanya adalah lemahnya akses masyarakat terhadap sumber ekonomi terutama tanah.

Lebih lanjut ditegaskan bahwa data di lapangan menunjukkan terdapat 7,3 juta ha tanah di negeri ini masih terlantar. Dari total tersebut 15,32 % diantaranya adalah tanah-tanah yang dikuasai oleh pemerintah atau BUMN, sedangkan sisanya oleh swasta.¹¹

8 Endriatmo Soetarto, *Reforma Agraria: Jalan Perubahan Menuju Indonesia Sejahtera, Adil dan Demokratis*, Institut Pertanian Bogor, 2010, h. 13.

9 *Ibid*, h. 16.

10 Usep Setiawan, *Setengah Abad Agraria Nasional (Refleksi 50 Tahun UU Pokok Agraria, Hari Tani Nasional)*, Cet Pertama, Konsorsium Pembaruan Agraria dan Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia, 2010, h. 27.

11 Kuliah Umum di Universitas Hasanuddin Tanggal 19 September 2011.

Dari pemahaman di atas, tampak bahwa reforma agraria ditujukan untuk merestrukturisasi penguasaan dan pemanfaatan sumber daya agraria agar lebih berkeadilan, berkelanjutan dan menyejahterakan rakyat dalam upaya mewujudkan negara kesejahteraan (*welfare state*), karena dalam negara kesejahteraan (*welfare state*), negara harus mengutamakan kepentingan rakyat (umum), turut serta secara aktif dalam pergaulan sosial sehingga kesejahteraan sosial semua warga negara dapat terjamin.

Harapan mempercepat terwujudnya tujuan negara kesejahteraan ini diperhadapkan kepada keterbatasan kemampuan yang dimiliki oleh pemerintah. Sampai saat ini, UUD NRI 1945 telah mengalami perubahan hingga keempat kalinya, namun tuntutan rakyat terhadap lahirnya undang-undang yang mengatur mengenai hak milik atas tanah sebagai penjabaran UUD NRI 1945 belum terwujud. Dalam kaitannya dengan pembangunan dan upaya gigih pemerintah untuk mendorong investasi, tanah selalu disisihkan dari nilai-nilai tanah itu sendiri yang justru merupakan sumber kehidupan manusia.

Pelaksanaan Reforma Agraria

Untuk Indonesia telah jelas bahwa UUPA mengamanatkan agar politik, arah, dan kebijakan pertanahan di Indonesia memberikan kontribusi nyata dalam proses mewujudkan keadilan sosial dan sebesar-besar kemakmuran rakyat bagi seluruh rakyat. Nilai-nilai luhur ini terkandung dalam jiwa Pancasila dan UUD NRI 1945. Dalam Ketetapan MPR No. IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumber daya Alam telah jelas diatur bahwa ada beberapa prinsip dalam pembaruan agraria yang dapat dirinci menjadi tiga yaitu:¹²

- a. Prinsip keadilan adalah dalam dimensi filosofis baik keadilan intergenerasi maupun keadilan antargenerasi dalam upaya mengakses sumber daya agraria.
- b. Prinsip demokratis adalah dalam dimensi kesetaraan antara pemerintah dengan rakyat, pemberdayaan masyarakat dan pengembangan *Good Governance* dalam penguasaan dan pemanfaatan sumber daya agraria.
- c. Prinsip keberlanjutan adalah dalam dimensi kelestarian fungsi dan manfaat yang berdayaguna dan berhasilguna.

Ketiga prinsip utama tersebut di atas saling terkait, tidak dapat dipisahkan antara satu dengan yang lainnya. Saat berbicara tentang prinsip demokrasi, maka terkandung di dalamnya prinsip keadilan dan saat berbicara tentang prinsip keadilan terkandung di dalamnya makna prinsip keberlanjutan.

Pemerintah yang bertanggungjawab dalam pelaksanaan reforma agraria terdapat dalam Pasal 16 dan Pasal 19 Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 2006 tentang Badan Pertanahan Nasional menggambarkan bahwa deputi dalam pertanahan yang mengatur

12 Ida Nurlinda, *Op. cit*, h. 101.

mengenai tanah untuk keadilan dan kesejahteraan, yaitu Deputy Bidang Pengaturan dan Penataan Pertanahan bersama Deputy Bidang Pengendalian Pertanahan dan Pemberdayaan Masyarakat. Deputy Bidang Pengaturan dan Penataan Pertanahan mempunyai tugas merumuskan dan melaksanakan kebijakan di bidang pengaturan dan penataan pertanahan sementara Deputy Bidang Pengendalian Pertanahan dan Pemberdayaan Masyarakat mempunyai tugas merumuskan dan melaksanakan kebijakan di bidang pengendalian pertanahan dan pemberdayaan masyarakat.

Berdasarkan pembangunan jangka panjang, Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia menargetkan 8,15 juta hektar tanah akan menjadi obyek reforma agraria sampai 2025. Pada tahap awal, pengkajian dilakukan di 11 provinsi. Salah satunya adalah proses mengidentifikasi masyarakat yang berhak mendapat tanah, mereka haruslah rakyat miskin dan tidak punya tanah.

Pelaksanaan reforma agraria pada beberapa provinsi dibangun kerjasama antara penerima manfaat reforma agraria dengan lembaga penyuluhan pertanian, perguruan tinggi, perbankan dan dunia usaha. Provinsi-provinsi tersebut misalnya:¹³

a. Provinsi Jawa Tengah

Di Purbalingga, tepatnya Desa Panusupan, Kecamatan Rembang, Reforma Agraria dijalankan pada 300 bidang (45,7423 hektar). Penyelenggaraan *access reform* dilakukan secara terintegrasi antara Pemerintah Daerah dan pemangku kepentingan lain, yang terbukti secara signifikan meningkatkan kesejahteraan penerima manfaat.

Reforma Agraria juga dilakukan di Kampong Kragilan RT 8 RW 24 Kelurahan Kadipiro, Surakarta. Awalnya, di permukiman kumuh seluas 2.300 m² ini terdapat sengketa antara 16 orang pemegang sertifikat dengan 54 keluarga miskin yang berlangsung sejak 1997. Setelah dilaksanakan reforma agraria secara terpadu dengan Pemerintah Kota Surakarta dan instansi terkait lainnya, permasalahan pun terselesaikan. Lokasi tersebut kini tertata dan layak huni, dan masyarakat setempat memperoleh bantuan teknis untuk meningkatkan kesejahteraan.

b. Provinsi Jawa Timur

Reforma Agraria di Provinsi Jawa Timur dilaksanakan di Blitar, tepatnya di 27 dusun, 9 desa, 5 kecamatan. Penataan asset sebanyak 12.001 bidang atau 7.261 kepala keluarga dengan luas 1.919,46 hektar.

Access reform diselenggarakan dengan kerjasama Pemerintah Kabupaten Blitar dan Bank Pembangunan Daerah, antara lain berupa usaha penggemukan sapi, pembangunan sarana dan prasarana, seperti pengaspalan jalan, pembentukan kelompok tani, penyuluhan, pembinaan dan bimbingan kepada tani.

13 BPN Ri, 2010, *Op. cit*, h. 48.

c. Provinsi Lampung

Reforma Agraia di Lampung Tengah dan Lampung Selatan mencakup 6.300 bidang atau 5.708 kepala keluarga dengan luas 3.905,76 hektar. Pelaksanaan *access reform* meliputi aspek kelembagaan, manajemen usaha tani dan kelompok tani, mitra usaha, teknologi budidaya tanaman dan pascapanen, pembiayaan/ permodalan dan penyediaan prasarana dan sarana.

d. Provinsi Sumatera Utara

Reforma Agraia di Kabupaten Asahan merupakan model penyelesaian sengketa pertanahan antara perusahaan perkebunan dengan masyarakat. sengketa diselesaikan melalui proses musyawarah dengan mediasi Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional Provinsi Sumatera Utara. Selanjutnya dilaksanan *access reform* berupa penyediaan pembiayaan dan pemasaran.

e. Provinsi Bali

Reforma Agraia dilaksanakan di Kabupaten Karangasem, Kecamatan Kubu, Desa Tulamben, Sukadana, dan Desa Tianyar. Tanah yang dialokasikan seluas 444,1210 hektar atau 406 bidang,, yang sudah dikuasai dan digarap warga setempat sebanyak 322 kepala keluarga. Sementara *access reform* yang telah dilaksanakan, antara lain: pembangunan “embung” dengan bantuan Bupati Karangasem, pembentukan Koperasi Penggemukan Ternak, pembentukan Lembaga Perkreditan Desa, pembentukan Koperasi Penyalur Saprodi, dan penempoatan penyuluhan pertanian dan perkebunan.

Reforma Agraria dalam Teori Kebenaran

Reforma agraria sebagaimana yang telah diuraikan di atas, diketahui suatu relaita secara indrawi berdasarkan fakta dan informasi lainnya. Dengan demikian telah dikonstruksi suatu pengetahuan. Jika pengetahuan tersebut ‘benar’ maka telah dimengerti mengenai realita tersebut. Namun bagaimana cara menetapkan bahwa pengetahuan yang telah dikonstruksi mengenai reforma agraria itu benar?

Kebenaran dapat diketahui dengan mendasarkan pada teori-teori kebenaran yang telah dikemukakan oleh para ahli. Teori kebenaran yang dikemukakan tersebut tergantung kepada pemahaman mereka masing-masing. Ada yang melihat teori kebenaran dari segi kesesuaian antara pernyataan dengan kenyataan,¹⁴ melihat dari adanya hubungan pernyataan yang dikemukakan dengan yang dikemukakan sebelumnya dan telah diakui kebenarannya,¹⁵ ada yang melihat dari kebenaran tergantung kepada manfaat dari suatu pernyataan.¹⁶ Ada

14 Suraijo, *Filsafat Ilmu dan Perkembangannya di Indonesia*, Cet ke-5, Jakarta: PT. Bumi Aksara, 2010, h. 105.

15 Ibid, h. 105.

16 Amsal Bakhtiar, *Filsafat Ilmu* Cet. Ke-10, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2011, h. 119.

yang melihat dari jika suatu pernyataan menciptakan realita¹⁷ dan ada yang melihat dari pernyataan benar jika ada suatu komunitas yang mendukung pernyataan tersebut.¹⁸

Secara ideal, kebenaran yang dicari oleh para pencari ilmu pengetahuan adalah kebenaran objektif/faktual (teori kebenaran korespondensi). Namun, dalam prakteknya, kebenaran objektif tidak mudah ditetapkan karena mencoba mencermati sejauhmana pengetahuan yang disusun itu sesuai dengan realitanya. Hal ini sulit untuk dilakukan karena pengetahuan yang dikonstruksi merupakan abstraksi dari realita yang sedang dipelajari. Keluasan dan kedalaman pengertian tentang realita tercermin di dalam pengetahuan yang sedang dibangun. Tidak mungkin menetapkan kebenaran faktual suatu pengetahuan, sementara realita dari pengetahuan yang dibangun sedang dipelajari.

Berdasarkan hal tersebut maka kebenaran dari reforma agraria untuk keadilan dan kesejahteraan masyarakat lebih tepat ditinjau dari kebenaran konsensus. Kelompok-kelompok yang mendukung reforma agraria yaitu Konsorsium Pembaruan Agraria (KPA), Federasi Serikat Tani Indonesia (FSTI), Aliansi Petani Indonesia (API), Aliansi Gerakan Reforma Agraria (AGRA), dan Serikat Tani Nasional (STN).¹⁹ Pelaksanaan reforma agraria tanpa didukung oleh rencana dan pemikiran yang sesuai dengan masa kini akan berakibat pada tidak tercapainya tujuan dari reforma agraria. Untuk itu pemikiran-pemikiran baru sangat berperan dalam mengoptimalkan pelaksanaan reforma agraria. Dengan kekuatan paradigma pendukung reforma agraria, diharapkan segala permasalahan dalam pelaksanaannya cepat atau lambat akan dijawab dengan paradigma yang menghasilkan metode yang lebih tepat.

Di samping itu, dukungan dari organisasi-organisasi reforma agraria dapat menjadi penggerak dan pendorong dalam pelaksanaannya karena terdapat berbagai hambatan-hambatan diantaranya berbenturan dengan pembangunan. Kegiatan pembangunan yang selama ini menggunakan pertumbuhan (*developmentalism*) telah membawa dampak yang buruk pada kuantitas dan kualitas tanah. Kebijakan pembangunan telah memperburuk masalah-masalah keagrarian sehingga diperlukan usaha untuk mereformasi kebijakan di bidang keagrariaan dengan mendasarkan diri pada upaya reforma agraria sebagai konsep pembangunannya.

PENUTUP

Negara berkewajiban untuk mengusahakan keadilan sosial dengan menjalankan pembaruan agraria sebagai instrumen untuk menjamin pemenuhan kebutuhan hidup masyarakat karena

17 Dikutip pada website: <http://bkputrawan.blogspot.com/2008/02/hakikat-kebenaran.html>, Akses 18 November 2011.

18 Dikutip pada website: www.kabarindonesia.com, Akses, 18 November 2011.

19 Ahmad Nashih Luthfi, *Kronik Agraria Indonesia Memperluas Imajinasi Lintas Zaman, Sektor dan Aktor*, Alit Ambara. Nobodycorp. Internationale Unlimited, h. 78.

tuntutan pelaksanaan reforma agrarian merupakan tuntutan dari konstitusi. Reforma agrarian diarahkan untuk melakukan perubahan struktur penguasaan tanah sehingga tanah-tanah yang menadi obyek reforma agrarian didistribusikan kepada masyarakat. Pelaksanaan reforma agrarian lebih tepat ditinjau dari teori kebenaran consensus karena dari para anggota-anggota organisasi pendukung reforma agrarian diharapkan dapat memberikan pemikiran-pemikiran baru dalam pelaksanaan reforma agraria di masa kini.

DAFTAR PUSTAKA

- Ahmad Nashih Luthfi, *Melacak Sejarah Pemikiran Agraria Sumbangan Pemikiran Mazhab* Bogor, Yogyakarta: STPN Press, 2011.
- Ahmad Nashih Luthfi, dkk, *Kronik Agraria Indonesia Memperluas Imajinasi Lintas Zaman, Sektor dan Aktor*, Alit Ambara | Nobodycorp. Internationale Unlimited.
- Amsal Bakhtiar, *Filsafat Ilmu*, Cet. Ke-10, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2011.
- Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan pelaksanannya*, Jilid 1 Hukum Tanah Nasional, Jakarta: Djambatan, 1994.
- BPN RI, *Reforma Agraria, Mandat Politik, Konstitusi dan Hukum dalam Rangka Mewujudkan Tanah untuk Keadilan dan Kesejahteraan Rakyat*, 2007.
- BPN RI, *Tanah untuk Keadilan dan Kesejahteraan Rakyat*, 2010.
- Endriatmo Soetarto, *Reforma Agraria: Jalan Perubahan Menuju Indonesia Sejahtera, Adil dan Demokratis*, Institut Pertanian Bogor, 2010.
- Ida Nurlinda, *Prinsip-Prinsip Pembaruan Agraria Perspektif Hukum*, Rajawali Press, Jakarta, 2009.
- Supriadi, *Hukum Agraria*, Cet. Ke-2, Jakarta: Sinar Grafika, 2008.
- Suraijo, *Filsafat Ilmu dan Perkembangannya di Indonesia*, Cet. Ke-5, Jakarta: PT. Bumi Aksara, 2010.
- Usep Setiawan, *Setengah Abad Agraria Nasional (Refleksi 50 Tahun UU Pokok Agraria, Hari Tani Nasional)*, Cetakan Pertama, Konsorsium Pembaruan Agraria dan Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia, 2010.

Sumber lainnya:

Achmad Sodiki, *Tanah untuk Keadilan dan Kesejahteraan Rakyat, Implimentasi Reforma Agraria*. Alamat website: <http://www.shohibulumam.com>. Diakses, 21 September 2011.

Jurnal Analisis Sosial Vol. 7, No. 3 Desember 2002. *Menegaskan Kembali Konteks Pembaruan Agraria*.

Kabar Indonesia. Dikutip pada laman website: <http://www.kabarindonesia.com>. Diakses, 18 November 2011.

ANALISIS KEPRES NOMOR 36 TAHUN 1990 TERHADAP PERLINDUNGAN ANAK JALANAN DI KOTA-KOTA BESAR INDONESIA

Oleh:

Tri Fenny Widayanti

Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin

E-mail: trifenny@unhas.ac.id

Abstract: *Legal instrument governing the protection of children's rights set out in the UN Convention on the Rights of the Child (Convention on The Rights of The Child) in 1989, has been ratified by over 191 countries. Indonesia has ratified the United Nations as a member of the Presidential Decree No. 36 th 1990. Convention on Rights of the Child is an international treaty on human rights that include each of the civil rights and political rights, economic, sosial and cultural rights. Broadly speaking, the Convention on the Rights of the Child can be categorized as follows, the first affirmation of the rights of children, both child protection by the state, as well as the role of third parties (government, public and private) to ensure respect for children's rights*

Keywords: *Street Children, Child Rights Convention*

Abstrak: *Instrumen hukum yang mengatur perlindungan hak-hak anak diatur dalam Konvensi PBB tentang Hak-Hak Anak (Convention on The Rights of The Child) tahun 1989, telah diratifikasi oleh lebih 191 negara. Indonesia sebagai anggota PBB telah meratifikasi dengan Kepres Nomor 36 th 1990. Konvensi Hak Anak merupakan sebuah perjanjian internasional mengenai hak asasi manusia yang memasukan masing-masing hak-hak sipil dan politik, hak-hak ekonomi, sosial dan budaya. Secara garis besar Konvensi Hak Anak dapat dikategorikan sebagai berikut, pertama penegasan hak-hak anak, kedua perlindungan anak oleh negara, ketiga peran serta berbagai pihak (pemerintah, masyarakat dan swasta) dalam menjamin penghormatan terhadap hak-hak anak.*

Kata Kunci: *Anak Jalanan, Konvensi Hak Anak*

PENDAHULUAN

Kemiskinan kerap kali menjadi persoalan yang tidak kunjung selesai, mulai dari kesadaran masyarakat sampai kemampuan pemerintah dalam menganalisis masalah dan merencanakan program yang menjanjikan. Namun faktanya, program itu hanya bersifat aturan yang tertulis di atas kertas, sedangkan keluh kesah warga keras terdengar di telinga. Contoh sederhana, seperti anak jalanan yang hingga kini masih menuai masalah tanpa ada solusi yang tepat untuk mengatasinya. Fenomena anak hidup di jalan saat ini mudah kita temui di sudut-sudut kota besar.

Mata kita sudah tidak asing lagi melihat anak-anak mengerumuni mobil-mobil di persimpangan lampu merah, mendatangi warung-warung pinggir jalan menawarkan jasa atau sekedar meminta sumbangan. Aktivitasnya mulai bermain musik, menjual koran,

menyemir sepatu hingga meminta sumbangan dengan kotak amal. Sebagian dari anak jalanan menganggap bahwa mereka lebih baik bekerja dan mencari uang untuk jajan daripada pergi ke sekolah, karena malas berfikir. Apalagi mereka biasa mendapatkan kurang lebih Rp.20.000 sampai Rp.100.000 per hari dari bekerja di jalanan. Sehingga, anak-anak jalanan menjadi malas jika diajak ke habitat “normal” seperti anak seusia mereka pada umumnya.

Fenomena masalah anak jalanan merupakan isu global yang telah mencapai titik yang mengkhawatirkan. Jumlah anak jalanan bertambah setiap hari dan mempunyai prevalensi yang cukup tinggi di negara-negara yang miskin dan berkembang terutamanya di benua Latin Amerika, Asia dan Afrika. Anak jalanan umumnya berusia sekitar dari 6 hingga 18 tahun merupakan antara kelompok yang beresiko tinggi terhadap pembunuhan, pelecehan dan perlakuan tidak manusiawi. Demi kelangsungan hidupnya, mereka akan memilih untuk melakukan pencurian bahkan hingga menjual dirinya sendiri demi uang.

Ada berbagai penjelasan mengenai faktor-faktor penyebab keberadaan pekerja anak, umumnya meliputi:¹

Kemiskinan. Sebagian besar orang menunjuk kemiskinan sebagai faktor utama penyebab anak bekerja. Jika kelangsungan hidup keluarga menjadi terancam oleh kemiskinan, maka seluruh anggota keluarga termasuk anak-anak terpaksa dikerahkan untuk mencukupi kebutuhan keluarga. Namun sebagian kalangan berpendapat bahwa walaupun kemiskinan menjelaskan sebab terjadinya, namun ia tidak boleh *menjustifikasi* keberadaan pekerja anak. Kalangan ini sangat terkenal dengan jargonnya, “*kemiskinan tidak menyebabkan (keberadaan) pekerja anak, sebaliknya pekerja anaklah yang menyebabkan kemiskinan*”.

Tradisi. Sebagaimana kemiskinan, tradisi sering dipakai untuk menjelaskan keberadaan pekerja anak. Gagasan bahwa anak-anak dari keluarga miskin memang tidak punya alternatif lain dan memang selayaknya bekerja sudah menjadi semacam aksioma kultural bagi banyak kalangan terutama di negara berkembang.

Perubahan proses produksi. Jika kemiskinan menjelaskan sisi suplai keberadaan pekerja anak, maka perubahan proses produksi yang antara lain meliputi deregulasi, *subcontracting*, munculnya zona perdagangan bebas dan informalisasi sektor ketenagakerjaan menjelaskan sisi *demand* bagi penyebab meningkatnya permintaan akan pekerja anak, dan karenanya ikut bertanggung jawab atas keberadaan pekerja anak.

Kelangkaan pendidikan. Banyak kalangan berpendapat bahwa kelangkaan pendidikan – terutama pendidikan dasar yang berkualitas, relevan dan gratis - ikut mendorong anak untuk bekerja. Di India misalnya, tingginya angka pekerja anak dikaitkan dengan tidak adanya pemberlakuan wajib belajar di negara itu². Jika pendidikan yang memadai bisa disediakan

1 Lihat laporan FNV (1995) dan Anti Slavery International (1996).

2 Myron Weiner dalam *Far Eastern Economic Review*, 7 Februari 1991, h. 26-27.

secara gratis, banyak kalangan percaya bahwa anak-anak (dan orangtuanya) akan lebih tertarik kepada sekolah daripada bekerja.

Lemahnya legislasi. Tidak memadainya aturan yang melarang praktek pekerja anak (atau yang mendukung wajib belajar) atau lemahnya pelaksanaan ketentuan yang ada, ditunjuk juga sebagai salah satu faktor penyebab keberadaan pekerja anak.

Instrumen hukum yang mengatur perlindungan hak-hak anak diatur dalam Konvensi PBB tentang Hak-Hak Anak (*Convention on The Rights of The Child*) tahun 19893, telah diratifikasi oleh lebih 191 negara. Indonesia sebagai anggota PBB telah meratifikasi dengan Kepres Nomor 36 Tahun 1990. Dengan demikian Konvensi PBB tentang Hak Anak tersebut telah menjadi hukum Indonesia dan mengikat seluruh warga negara Indonesia.

Konvensi Hak-Hak Anak merupakan instrumen yang berisi rumusan prinsip-prinsip universal dan ketentuan norma hukum mengenai anak. Konvensi Hak Anak merupakan sebuah perjanjian internasional mengenai hak asasi manusia yang memasukan masing-masing hak-hak sipil dan politik, ha-hak ekonomi, sosial dan budaya. Secara garis besar Konvensi Hak Anak dapat dikategorikan sebagai berikut, pertama penegasan hak-hak anak, kedua perlindungan anak oleh negara, ketiga peran serta berbagai pihak (pemerintah, masyarakat dan swasta) dalam menjamin penghormatan terhadap hak-hak anak.

Melalui Kepres Nomor 36 Tahun 1990, Konvensi Hak Anak telah diratifikasi dan berlaku mengikat menjadi hukum Indonesia. Melalui ratifikasi tersebut pemerintah Indonesia melakukan *reservasi*, yakni penundaan pelaksanaan beberapa pasal Konvensi Hak Anak. Dalam perkembangannya pada tahun 1994, pemerintah Indonesia telah melakukan pencabutan reservasi beberapa pasal, sehingga pasal yang direservasi tinggal pasal yang mengatur masalah hak anak untuk mengakses informasi (Pasal 17), adopsi anak (Pasal 21), perlindungan anak dalam status pengungsi (Pasal 22).

Konsekuensi dari suatu negara melakukan ratifikasi perjanjian internasional seperti Konvensi Hak Anak, menurut Syahmin AK,³ adalah: (1) Merumuskan/menyatakan atau menguatkan kembali aturan hukum internasional yang sudah ada; (2) Mengubah/menyempurnakan ataupun menghapus kaidah-kaidah hukum internasional yang sudah ada, untuk mengatur tindakan-tindakan yang akan datang; (3) Membentuk kaidah-kaidah hukum internasional yang baru sama sekali yang belum ada sebelumnya.

Sebagai negara yang telah melakukan ratifikasi Konvensi Hak Anak, Indonesia berkewajiban untuk menjamin terlaksananya hak-hak anak dengan menuangkan dalam sebuah produk perundang-undangan. Melalui upaya harmonisasi hukum, BPHN merekomendasikan: *Pertama*, mengintroduksir hak-hak anak dalam Konvensi Hak Anak

3 Syahmin Ak, Hukum Internasional Publik dalam M Joni dan Z Tanamas, 1999, *Aspek Hukum Perlindungan Anak*, hal 66

ke dalam perundang-undangan hukum nasional; *Kedua*, peninjauan kembali hukum positif yang tidak sesuai dengan Konvensi Hak anak; *Ketiga*, melakukan identifikasi kemungkinan perlunya penyusunan peraturan-perundang-undangan. Konsekuensinya, menurut Erma Syafwan Syukrie,⁴ pemerintah Indonesia harus melakukan langkah-langkah harmonisasi hukum, yaitu: (1) Memeriksa dan menganalisis perundang-undangan yang ada dan masih sedang dalam perencanaan/pembentukan; (2) Meninjau ulang lembaga-lembaga yang berhubungan dengan pelaksanaan hak anak; (3) Mengusulkan langkah-langkah penyelerasan ketentuan konvensi hak anak dengan perundang-undangan lain; (4) Meninjau ulang bagian perundang-undangan yang masih berlaku, tetapi perlu penyempurnaan atau pelaksanaan yang tepat; (5) Memprioritaskan acara pembuatan undang-undang yang diperlukan untuk mengefektifkan pelaksanaan Konvensi Hak Anak/penyelerasan dengan perundang-undangan Indonesia.

Instrumen hukum lain yang mengatur ketentuan hukum terkait dengan hak anak, antara lain ketentuan hukum yang berkaitan dengan hak-hak dan perlindungan anak dengan mendsarkan pada Pasal 34 UUD 45 (lama) yang mengatur pakir miskin dan anak terlantar dipelihara negara. Ketentuan lain ditemukan dalam UU No. 4 Tahun 1979 tentang kesejahteraan anak, khususnya yang berkaitan dengan perlindungan buruh anak di sektor industri formal.

Anak merupakan potensi sumber daya insani bagi pembangunan nasional karena itu pembinaan dan pengembangannya dimulai sedini mungkin agar dapat berpartisipasi secara optimal bagi pembangunan bangsa dan Negara, dan bahwa pembinaan kesejahteraan anak termasuk pemberian kesempatan untuk mengembangkan haknya, pelaksanaannya tidak saja merupakan tanggung jawab orang tua, keluarga, bangsa, dan negara melainkan diperlukan pula kerjasama internasional.

Dalam konteks ini, penetapan standar internasional pertama di bidang hak anak dilakukan oleh Organisasi Buruh Internasional (ILO). Segera setelah pendiriannya pada tahun 1919, ILO membuat Konvensi yang menetapkan batas usia minimum bagi anak untuk dipekerjakan. Konvensi ILO tersebut, karena mandat organisasi yang memang terbatas di bidang perburuhan, cakupannya juga terbatas hanya pada hak anak atas perlindungan dari eksploitasi ekonomi. Republik Indonesia memang belum diprokamasikan pada waktu itu. Namun sebagai jajahan Belanda, hukum Belanda diberlakukan di Indonesia pada masa itu. Dalam kaitan ini, cukup menarik untuk berspekulasi tentang kaitan antara Konvensi ILO tahun 1919 dengan Staatsblad (Lembaran Negara pada jaman pemerintahan kolonial Belanda) tahun 1925 yang menetapkan batas umur minimum tertentu sebelum anak boleh dipekerjakan yang diberlakukan di Indonesia, dan yang belum dicabut hingga saat ini.

4 Erma Syofyan Syukrie, Pelaksanaan Konvensi Hak Anak Ditinjau dari Aspek Hukum, Ibid, hal 67.

Lima tahun setelah Konvensi ILO 1919 tersebut, yakni pada tahun 1924, organisasi internasional yang ada pada waktu itu, Liga Bangsa Bangsa, mencanangkan Deklarasi Hak Anak. Berbeda dengan Konvensi ILO, Deklarasi ini menetapkan standar-standar internasional mengenai apa yang dianggap sebagai hak anak dengan cakupan yang lebih luas dari sekedar “melindungi anak dari eksploitasi ekonomi”, namun juga masih cukup terbatas sesuai perkembangan pada masa itu. Pada tahun 1948, beberapa waktu setelah Liga Bangsa Bangsa bubar, organisasi internasional yang baru, Perserikatan Bangsa Bangsa, mencanangkan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. (Patut kita catat bahwa pada tahun 1948 negara Republik Indonesia sudah lahir). Dalam Deklarasi tersebut dinyatakan bahwa anak mempunyai hak untuk dilindungi. Selanjutnya pada tahun 1959, PBB seolah menegaskan apa yang telah dilakukan oleh Liga Bangsa Bangsa, kembali mencanangkan Deklarasi Hak Anak. Deklarasi ini merupakan deklarasi internasional kedua dan tentu saja cakupannya menjadi agak lebih luas jika dibandingkan dengan Deklarasi pertama oleh Liga Bangsa Bangsa yang dicanangkan tahun 1924.

Berbeda dengan Konvensi, Deklarasi merupakan suatu penetapan standar yang hanya mengikat secara moral namun tidak mengikat secara yuridis. Jadi, Deklarasi Internasional tentang Hak Anak, baik yang pertama (1924) maupun yang kedua (1959) tidak mengikat secara hukum. Pada tahun 1989, Majelis Umum PBB menerima dengan suara bulat naskah akhir Konvensi Hak Anak, yang kemudian berlaku sebagai hukum internasional pada tahun berikutnya (1990).

Banyak perkembangan menyangkut konsep mengenai hak anak yang terjadi sejak dicanangkannya Deklarasi Hak Anak II (1959) hingga disetujuinya naskah Konvensi Hak Anak oleh Majelis Umum PBB (1989). Beberapa perkembangan yang bisa disebutkan antara lain ialah diberlakukannya Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, serta Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (1976). Di dalam kedua instrumen internasional tersebut, konsep mengenai hak anak mengalami perkembangan cukup pesat. Tambahan lagi, selama kurun tersebut masih ada banyak instrumen internasional lain menyangkut hak asasi manusia, yang langsung maupun tidak langsung membawa dampak pula bagi perkembangan konsep tentang hak anak. Singkatnya, konsep tentang hak anak yang tercakup dalam Konvensi Hak Anak jauh lebih luas dibandingkan dengan yang tercakup dalam Deklarasi Hak Anak yang dicanangkan pada periode sebelumnya.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Pengertian dan Karakteristik Anak Jalanan

Istilah anak jalanan pertama kali dikenalkan di Amerika selatan, tepatnya di Brazil, dengan nama *Meninos de Ruas* untuk menyebut kelompok anak-anak yang hidup di jalanan dan

tidak memiliki tali ikatan dengan keluarga.⁵ Pengertian anak jalanan telah dikemukakan oleh banyak para ahli, secara khusus menurut PBB, anak jalanan adalah anak yang menghabiskan sebagian besar waktunya dijalanan untuk bekerja, bermain, atau beraktifitas lain. Anak jalanan tinggal dijalanan karena dicampakkan atau tercampakkan dari keluarga yang tidak mampu menanggung beban hidup karena kemiskinan dan kehancuran keluarganya. Umumnya, anak jalanan bekerja sebagai pengasong, pemulung, tukang semir, penjual koran, pengemis, pelacur anak, pengamen.

Tidak jarang, para anak jalanan tersebut menghadapi resiko kecelakaan lalu lintas, pemerasan, perkelahian dan kekerasan lainnya. Anak jalanan lebih mudah tertular kebiasaan tidak sehat dari kultur jalanan, khususnya seks bebas dan penyalahgunaan obat terlarang.

Anak jalanan adalah anak yang sebagian besar menghabiskan waktunya untuk mencari nafkah atau berkeliaran di jalanan atau tempat-tempat umum lainnya.⁶ Defenisi tersebut memberikan empat faktor penting yang saling terkait, yaitu:

- a. Anak-anak;
- b. Menghabiskan sebagian waktunya;
- c. Mencari nafkah atau berkeliaran;
- d. Jalanan dan tempat-tempat umum lainnya;

Secara garis besar, anak jalanan dapat dibedakan dalam 3 (tiga) kelompok sebagai berikut:

- a. *Children on the street*, yakni anak-anak yang mempunyai kegiatan ekonomi sebagai pekerja anak di jalan, tetapi masih mempunyai hubungan yang kuat dengan orang tua mereka. Sebagian besar penghasilan mereka dijalanan pada kategori ini adalah untuk membantu memperkuat penyanggah ekonomi keluarganya karena beban atau tekanan kemiskinan yang mesti ditanggung tidak dapat diselesaikan sendiri oleh kedua orang tuanya.
- b. *Children of the street*, yakni anak-anak yang berpartisipasi penuh dijalanan, baik secara sosial maupun ekonomi. Beberapa diantara mereka masih mempunyai hubungan dengan orang tuanya, tetapi frekuensi pertemuan mereka tidak menentu. Banyak diantara mereka adalah anak-anak yang karena sesuatu sebab biasanya kekerasan lari atau pergi dari rumah. Berbagai penelitian menunjukkan bahwa anak-anak pada kategori ini sangat rawan terhadap perlakuan salah, baik secara sosial, emosional, fisik, maupun seksual.
- c. *Children from families of the street*, anak-anak yang berasal dari keluarga yang hidup di jalanan. Meskipun anak-anak ini mempunyai hubungan kekeluargaan yang cukup

5 B.S. Bambang,

6 Kementerian Sosial, Intervensi Sosial, 2002, hal. 20

kuat, tetapi hidup mereka terombang-ambing dari satu tempat ke tempat yang lain dengan segala resikonya. Salah satu ciri penting dari kategori ini adalah pemampangan kehidupan jalanan sejak bayi, bahkan sejak masih dalam kandungan.

Penelitian kementerian sosial dan UNDP,⁷ anak jalanan kemudian dikelompokkan ke dalam empat kategori:

- 1) Anak jalanan yang hidup di jalanan, dengan kriteria:
 - a. Putus hubungan atau lama tidak bertemu dengan orang tuanya;
 - b. 8-10 jam berada di jalanan untuk bekerja (mengamen, menjual Koran, mengemis, memulung) dan sisanya menggelandang/ tidur;
 - c. Tidak lagi sekolah;
 - d. Rata-rata berusia di bawah 14 tahun.
- 2) Anak jalanan yang bekerja di jalanan, dengan kriteria:
 - a. Berhubungan tidak teratur dengan orang tuanya;
 - b. 8-16 jam berada di jalanan;
 - c. Mengontrak kamar sendiri, bersama teman, ikut orang tua/saudara, umumnya didaerah kumuh;
 - d. Tidak lagi sekolah;
 - e. Pekerjaan: penjual Koran, pengasong, pencuci bus, pemulung, penyemir sepatu, dll;
 - f. Rata-rata berusia dibawah 16 tahun.
- 3) Anak yang rentan menjadi anak jalanan, dengan kriteria:
 - a. Bertemu teratur setiap hari/ tinggal dan tidur dengan keluarganya;
 - b. 4-5 jam kerja di jalanan;
 - c. Masih bersekolah;
 - d. Pekerjaan : Penjual Koran, penyemir, pengamen, dll;
 - e. Usia di bawah 14 tahun.
- 4) Anak jalanan berusia diatas 16 tahun, dengan kriteria:
 - a. Tidak lagi berhubungan/ berhubungan tidak teratur dengan orang tuanya;
 - b. 8-24 jam berada di jalanan;
 - c. Tidur di jalan atau di rumah orang tuanya;
 - d. Sudah tamat SD atau SLTP, namun tidak bersekolah lagi;
 - e. Pekerjaan: calo, mencuci bis, menyemir sepatu, dll.

7 BKSNI, Kementerian Sosial, 2000, hal 2-4

Karakteristik anak jalanan lebih rinci dituangkan dalam matriks berupa table ciri-ciri fisik dan psikis anak jalanan berikut ini:⁸

Ciri Fisik	Ciri Psikis
Warna Kulit Kusam Rambut Kemerah-merahan Kebanyakan berbadan kurus Pakaian tidak terurus	Mobilitas tinggi Acuh tak acuh Penuh curiga Sangat sensitif Berwatak keras Kreatif Semangat hidup tinggi Berani menanggung resiko Mandiri

1. *Faktor-Faktor Penyebab Timbul dan Tumbuhnya Anak Jalanan*

Selama ini, banyak orang yang menduga bahwa faktor utama yang menyebabkan munculnya anak jalanan adalah faktor kemiskinan, namun berdasarkan data lapangan, kemiskinan bukanlah satu-satunya faktor penyebab munculnya anak jalanan. Berikut ini ada tiga tingkatan penyebab keberadaan anak jalanan⁹:

- Tingkat mikro (*immediate causes*), yaitu faktor yang berhubungan dengan anak dan keluarganya;
- Tingkat meso (*Underlying causes*), yaitu faktor yang ada dimasyarakat;
- Tingkat makro (*Basic Causes*), yaitu faktor yang berhubungan dengan struktur makro.

Pada tingkat mikro sebab yang bias diidentifikasi dari anak dan keluarga berkaitan, tetapi juga bisa berdiri sendiri, yakni:

- Lari dari keluarga, disuruh bekerja, baik karena masih sekolah, atau sudah putus, berpetualang, bermain-main atau diajak teman;
- Terlantar dari keluarga, ketidakmampuan orang tua menyediakan kebutuhan dasar, ditolak orang tua, salah perawatan atau kekerasan di rumah, kesulitan berhubungan dengan keluarga/ tetangga, terpisah dengan orang tua, sikap-sikap yang salah terhadap anak, keterbatasan merawat anak yang mengakibatkan anak menghadapi masalah fisik, psikologis dan sosial.

Pada tingkat meso (masyarakat), sebab yang dapat diidentifikasi adalah sebagai berikut:

- Pada masyarakat miskin, anak-anak adalah asset untuk membantu peningkatan keluarga, anak-anak diajarkan bekerja, yang diakibatkan drop out dari sekolah;

8 Kementerian Sosial, *intervensi sosial*, opcit, hal. 23-24

9 Kementerian Sosial, *ibid*, hal 25-26

b. Pada masyarakat lain, urbanisasi menjadi kebiasaan dan anak-anak mengikuti kebiasaan itu;

c. Penolakan masyarakat dan anggapan anak jalanan adalah calon kriminal.

Pada tingkat makro (struktur masyarakat), sebab yang dapat diidentifikasi adalah:

a. Ekonomi; peluang pekerjaan sector informal yang tidak terlalu membutuhkan modal keahlian, mereka harus lama di jalanan dan meninggalkan bangku sekolah, ketimpangan desa dan kota yang mendorong urbanisasi;

b. Pendidikan; biaya sekolah yang tinggi, perilaku guru yang diskriminatif, dan ketentuan-ketentuan teknis dan birokratis yang mengalahkan kesempatan belajar;

c. Belum beragamnya unsur-unsur pemerintah memandang anak jalanan antara sebagai kelompok yang memerlukan perawatan (pendekatan kesejahteraan) dan pendekatan yang menganggap anak jalanan sebagai *trouble maker* atau pembuat masalah.

Di antara faktor-faktor tersebut, lingkungan komunitas juga sebagai penyebab keberadaan anak jalanan, terutama yang erat kaitannya dengan fungsi stabilitas sosial dari komunitas itu sendiri. Ada dua fungsi utama stabilitas komunitas, yaitu pemeliharaan tata nilai dan pendistribusian kesejahteraan dalam kalangan komunitas yang bersangkutan. Dalam pemeliharaan tatanilai misalnya tetangga atau tokoh masyarakat tidak menasehati, menegur ataupun melarang anak-anak yang berkeliaran di jalanan. Dan berkenaan dengan pendistribusian, yaitu kurangnya bantuan dari tetangga atau organisasi sosial kemasyarakatan terhadap keluarga miskin dilingkungannya. Dengan kata lain, belum memberikan perlindungan terhadap anak yang terlantar dilingkungan komunitasnya.

Lebih jauh lagi disebutkan, ada beberapa faktor yang saling mempengaruhi anak turun ke jalanan:

a. Meningkatnya gejala masalah keluarga :

b. Penggusuran dan pengusiran keluarga miskin dari tanah/ rumah mereka dengan alasan pembangunan;

c. Migrasi desa ke kota dalam mencari kerja, yang diakibatkan kesenjangan pembangunan desa-kota, kemudahan transportasi dan ajakan kerabat membuat banyak keluarga dari desa pindah ke kota dan sebagian dari mereka terlantar, hal ini mengakibatkan anak-anak mereka terlempar ke jalanan;

d. Adanya kesenjangan system jaring pengaman sosial, sehingga jaring pengaman sosial tidak ada ketika keluarga dan anak menghadapi kesulitan;

e. Meningkatnya angka anak putus sekolah karena alasan ekonomi, telah mendorong sebagian anak untuk menjadi pencari kerja dan jalanan mereka dijadikan salah satu tempat untuk mendapatkan uang;

- f. Kesenjangan komunikasi antara orang tua dan anak dimana orang tua sudah tidak mampu lagi memahami kondisi serta harapan anak-anak sehingga anak-anak mencari kebebasan;

2. Hak Anak dalam Konvensi Hak Anak

Konvensi hak anak (*Convention on the rights of the child*) merupakan bagian dari hak asasi manusia (HAM) yang fokusnya pada penanganan hak anak. Konvensi hak anak merupakan instrumen internasional yang dibuat secara universal dengan tidak membedakan hak anak di seluruh dunia.

Adanya konvensi hak anak ini dilatarbelakangi oleh reaksi dari penderitaan yang terjadi akibat bencana peperangan pasca Perang Dunia I. Penderitaan pada saat itu adalah terjadi pada kaum perempuan dan anak-anak. Perumusan pertama konvensi hak anak terjadi pada tahun 1979 ketika dicanangkannya “Hari Anak Internasional”. Pada saat itu, Polandia mengajukan usulan agar dilakukan perumusan dokumen yang meletakkan standar internasional bagi pengakuan terhadap hak-hak anak yang memiliki kekuatan yang mengikat secara yuridis. Rancangan konvensi hak anak ini baru bias diselesaikan sepuluh tahun kemudian dan disahkan oleh majelis umum PBB pada tanggal 28 November 1989, dan pada saat itu konvensi hak anak mulai diberlakukan sebagai hukum internasional.

Pengesahan konvensi hak anak oleh PBB memiliki dua tujuan pokok, yaitu: (1) Menetapkan standar universal hak-hak anak; (2) melindungi anak-anak dari eksploitasi penyalahgunaan dan penganiayaan. Oleh karena itu Konvensi hak anak harus bersifat universal, tidak diskriminasi dan rasialis. Hal ini untuk kepentingan seluruh anak di dunia. Dari sinilah maka konvensi hak anak menetapkan beberapa prinsip dasar sebagai standar, yakni:

a. Non diskriminasi

Hak yang diakui dalam konvensi hak anak tidak akan membeda-bedakan suku, agama, keyakinan, etnik, latar belakang budaya, latar belakang pendidikan, serta latar belakang sosio ekonomi.

b. Kepentingan yang terbaik bagi anak (*best interest of the child*)

Segala sesuatu atau tindakan yang diambil oleh konvensi hak anak harus berorientasi pada kepentingan terbaik anak, bukan bagi pembuat kebijakan atau kelompok tertentu.

c. Kelangsungan hidup dan perkembangan anak (*survival and development*)

Konvensi hak anak menjamin hak hidup yang melekat pada anak tanpa terkecuali.

d. Penghargaan terhadap pendapat anak (*Respect the views of the child*)

Setiap anak mempunyai hak untuk berpendapat atas suatu masalah yang menimpa dirinya, termasuk dalam menentukan arah pendidikan atau keluarga.

Dalam konvensi hak anak, ada 5 (lima) kategori umum yang menyangkut hak-hak, yaitu:

a. Hak sipil dan kemerdekaan, meliputi:

- Memperoleh identitas
- Mempertahankan identitas
- Kebebasan berekspresi
- Kebebasan berpikir, beragama, dan berhati nurani
- Kebebasan berserikat
- Memperoleh perlindungan atas kehidupan pribadi
- Memperoleh informasi yang layak
- Memperoleh perlindungan dari aniaya dan perenggutan kemerdekaan

b. Lingkungan keluarga dan pemilihan bentuk-bentuk pemeliharaan (*Family environment and alternative care*)

Melihat situasi dan kondisi anak yang masih bergantung pada orang tua, maka diberikan ketentuan untuk mendapatkan pemenuhan kehidupan dan perkembangan oleh keluarga. Selain itu, adanya kewajiban Negara untuk memberikan keluarga atau keluarga pengganti ketika keluarganya sudah tidak mampu atau tidak ada agar hak dasar anak dapat dilindungi secara maksimal.

c. Kesehatan dasar dan kesejahteraan (*basic health and welfare*)

Yakni hak-hak anak yang memperoleh standar hidup yang layak, sehingga fisik mental, spiritual, moral dan sosial anak berkembang dengan baik, dengan kata lain hak anak untuk mendapatkan pelayanan kesehatan serta jaminan sosial.

d. Kegiatan-kegiatan pendidikan, rekreasi, dan budaya (*education, leisure, and culture activities*)

Hak-hak anak untuk berkembang dengan terpenuhinya kesempatan untuk mendapatkan pendidikan, waktu luang untuk bermain dan kegiatan budaya yang berpengaruh terhadap perkembangan intelektualitas dan psikologis.

e. Perlindungan khusus

Ada beberapa kategori anak yang mendapatkan perlindungan khusus, yakni:

- Pengungsi anak
- Anak dalam konflik bersenjata
- Anak yang berkonflik dengan hukum
- Anak dalam situasi eksploitasi (eksploitasi ekonomi, narkoba, seksual, perdagangan anak)
- Anak berasal dari kelompok minoritas

Republik Indonesia sudah ikut menyetujui (meratifikasi) KHA, maka Indonesia terikat pada kewajiban yuridis untuk mengimplementasikan KHA didalam wilayah hukum nasional Indonesia. Dalam wacana HAM, ada tiga kewajiban dasar yang dikenal sebagai kewajiban generik (*generic obligations*). Kewajiban-kewajiban lain pada umumnya merupakan turuna atau derivat dari ketiga kewajiban generik tersebut. Tiga kewajiban generik dimaksud: 1.) Kewajiban untuk menghormati (*respect*); 2.) Kewajiban untuk melindungi (*protect*); 3.) Kewajiban untuk memenuhi (*fulfill*).

Kewajiban untuk menghormati mengharuskan Negara untuk tidak melanggar ketentuan-ketentuan yang ada dalam Konvensi. Kewajiban ini relatif mudah dan murah, karena hanya mengehendaki abstensi: sudah cukup terlaksana sejauh Negara, perangkat dan aparatnya, tidak melakukan pelanggaran. Misalnya, Polisi tidak melakukan penangkapan dan pehananan sewenang-wenang, atau penyiksaan, terhadap anak yang dicurigai telah melakukan pencurian. Kiranya tidak perlu penjelasan panjang lebar, tidak melakukan penangkapan dan penahanan sewenang-wenang dan tidak menyiksa anak yang dituduh mencuri, sama sekali merupakan perkara mudah dan tidak membutuhkan biaya sepeserpun.

Kewajiban untuk melindungi mengharuskan Negara untuk memberikan perlindungan agar anak tidak dilanggar haknya oleh orang atau individu lain (termasuk orangtua anak sendiri), dan memberikan sanksi (biasanya sanksi pidana) bagi setiap pelanggaran. Perlindungan dimaksud biasanya diwujudkan dengan membuat aturan hukum di tingkat nasional, atau menyesuaikan aturan hukum nasional yang ada agar sesuai dengan standar serta ketentuan yang terdapat dalam Konvensi. Upaya untuk memberi perlindungan agar tidak terjadi pelanggaran oleh pelaku-pelaku non-Negara seperti ini dikenal juga sebagai “efek horizontal dari hukum HAM internasional” (*horizontal effect of international human rights law*). Misalnya, Negara membuat aturan baru atau menyesuaikan aturan yang ada guna melarang dilakukannya tindakan main hakim sendiri oleh siapapun (termasuk oleh satpam) terhadap seorang anak yang dituduh atau diketahui mencuri; dan memberikan sanksi terhadap satpam yang telah melakukan tindakan main hakim sendiri tersebut.

Kewajiban untuk memenuhi mengharuskan negara untuk memberikan apa-apa yang diakui sebagai hak dalam ketentuan Konvensi yang ada. Misalnya, jika ditentukan bahwa setiap anak yang dituduh telah melanggar hukum pidana (mencuri) berhak untuk didampingi oleh seorang pengacara, maka Negara harus menyediakan pengacara dimaksud. Kewajiban ini dikenal sebagai kewajiban yang paling sulit untuk dilakukan, antara lain karena implementasinya membutuhkan biaya yang cukup besar. Dalam contoh kasus tadi, dimana Negara harus menyediakan pengacara bagi setiap anak yang dituduh mencuri, jelas membutuhkan biaya (untuk gaji, administrasi kepegawaian, dsb.) yang tidak kecil.

Namun yang menjadi persoalan kemudian ialah, apabila untuk melaksanakan kewajiban yang mudah dan murah saja tidak bisa dan tidak didorong dengan kemauan politik yang cukup, bagaimana kita bisa menjalankan kewajiban yang lebih sulit dan memerlukan membutuhkan biaya banyak?

Apabila untuk mengatur, demi memberikan perlindungan kepada anak dari eksploitasi ekonomi, batas usia minimum anak boleh dipekerjakan dan menindak siapapun yang telah mempekerjakan anak secara illegal, negara tidak bisa dan tidak mempunyai kemauan politik untuk itu; bagaimana kita bisa diyakinkan bahwa negara telah berusaha untuk memenuhi pendidikan dasar yang gratis kepada semua anak sementara kita tahu bahwa memberikan pendidikan dasar gratis kepada setiap anak membutuhkan biaya yang jauh lebih besar daripada biaya yang dibutuhkan untuk menjatuhkan sanksi kepada orang yang mempekerjakan anak-anak? Bukankah akan lebih masuk akal jika negara menjatuhkan sanksi denda kepada siapapun yang mempekerjakan anak dan mengalokasikan denda yang diperoleh untuk keperluan pendidikan anak?

Pertanyaan dasar yang sepele dan berangkat dari akal sehat seperti ini, jika ditanggapi secara defensif dengan mengetengahkan argumen-argumen yang kelihatannya seperti argumen akademis yang canggih dan muluk-muluk, kiranya hanya akan menjadi debat kusir beretele-tele dan tidak jelas juntrungannya.

Landasan Hukum Usaha Kesejahteraan Anak

Sebagai salah satu upaya mencegah dan mengentaskan anak jalanan dari eksploitasi ekonomi adalah dengan usaha mensejahterakan anak jalanan. Untuk itu berdasarkan Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 1988 tentang Usaha Kesejahteraan Anak Yang Mempunyai Masalah, terutama pada Bab II Pasal 2 menentukan bahwa :

1. Usaha kesejahteraan anak pertama-tama dan terutama menjadi tanggung jawab orang tua.
2. Pemerintah dan atau masyarakat melaksanakan usaha kesejahteraan anak dengan tujuan membantu mewujudkan kesejahteraan anak.
3. Pemerintah mendorong, membimbing, membina masyarakat untuk berperan serta melaksanakan usaha kesejahteraan anak.

Usaha kesejahteraan anak adalah usaha kesejahteraan sosial yang ditunjukan untuk menjamin terwujudnya kesejahteraan anak, terutama terpenuhinya kebutuhan pokok anak (Pasal 1 angka 1 huruf b UU. No.4 Tahun 1979). Pemerintah dalam hal ini memberikan pengarahan, bimbingan, bantuan dan pengawasan terhadap usaha kesejahteraan anak yang di lakukan oleh masyarakat.

Usaha-usaha kesejahteraan anak sesuai PP No. 2 Tahun 1988, adalah suatu proses refungsionalisasi dan pengembangan anak, agar dapat tumbuh dan berkembang dengan wajar baik secara rohani, jasmani maupun sosial. Usaha kesejahteraan anak yang dilakukan pemerintah, masyarakat ditujukan terutama kepada anak yang mempunyai masalah, antara lain, anak yang tidak mempunyai orang tua dan terlantar, anak terlantar, anak yang tidak mampu, anak yang mengalami masalah kelakuan, (kategori tersebut terpenuhi dalam kehidupan anak-anak jalanan) dari anak cacat. Usaha ini dimaksud memberikan pemeliharaan, perlindungan, asuhan, perawatan dan pemulihan kepada anak yang mempunyai masalah, khususnya kepada anak-anak jalanan.

Pembinaan, pengembangan, pencegahan dan rehabilitasi dilaksanakan dalam bentuk asuhan, bantuan dan pelayanan khusus. Asuhan ditujukan kepada anak yang mempunyai masalah, antara lain: anak yang tidak mempunyai orang tua dan terlantar, anak terlantar, dan anak yang mengalami masalah kelakuan terutama kepada anak-anak jalanan.

Asuhan itu sesuai dengan Pasal 6 ayat (2) PP No. 2 Tahun 1988 diberikan antara lain dalam bentuk:

1. Penyuluhan/bimbingan dan bentuk lainnya yang diperlukan.
2. Penyantunan dan pengentasan anak.
3. Pembinaan/peningkatan derajat sosial anak.
4. Pemberian/peningkatan kesempatan belajar.
5. Pembinaan/peningkatan keterampilan.

Pelaksanaan asuhan tersebut dilakukan baik di dalam maupun di luar panti sosial, yang lembaga atau kesatuan kerja yang merupakan prasarana dan sarana yang memberikan pelayanan sosial berdasarkan profesi pekerja sosial maupun luar panti (Pasal 1 ayat 6 PP No.2 Tahun 1988).

Sementara bantuan yang ditujukan kepada anak yang tidak mampu berupa materi dalam rangka usaha pemenuhan kebutuhan pokok anak, bantuan jasa dalam rangka usaha pembinaan dan pengembangan untuk mengarahkan bakat dan keterampilan, bantuan fasilitas, diberikan dalam rangka usaha mengatasi hambatan-hambatan sosial (Pasal 7). Bantuan ini dapat diberikan secara langsung kepada anak melalui orang tua/wali, yang tata cara pemberian dan penanganannya di atur oleh Menteri Sosial. Seperti salah satu contohnya adalah Peraturan Menteri Sosial Republik Indonesia Nomor 13 Tahun 1981 tentang Organisasi Sosial yang Dapat Menyelenggarakan Usaha Penyantunan Anak Terlantar.

Kemudian mengenai Pelayanan khusus sebagai upaya yang dilaksanakan untuk memulihkan dan mengembangkan anak cacat agar dapat tumbuh dan berkembang dengan wajar baik secara rohani, jasmani maupun sosial (Pasal 1 ayat 5 PP No.2 Tahun 1988) meliputi:

bimbingan, pemenuhan kebutuhan pokok, pemberian keterampilan, pendidikan, pemberian bantuan/fasilitas dan pembinaan lanjutan.

Landasan Hukum: Tanggung Jawab Orang Tua Terhadap Kesejahteraan Anak

Tanggung jawab orang tua terhadap kesejahteraan anak meliputi kesehatan, pendidikan, pembinaan atau pembentukan kepribadian.¹⁰ Bab III Undang-undang No. 4 Tahun 1979 mengatur tentang tanggung jawab orang tua terhadap kesejahteraan anak. Di mana dikatakan, pertama-tama yang bertanggung jawab atas kesejahteraan anak, adalah orang tua (Pasal 9). Orang tua yang terbukti melalaikan tanggung jawabnya, yang mengakibatkan timbulnya hambatan dalam pertumbuhan dan perkembangan anak, dapat dicabut kuasa asuhnya sebagai orang tua terhadap anak (Pasal 10 ayat 1). Apabila hal ini terjadi, maka ditunjuk orang atau badan sebagai wali.

Pencabutan kuasa asuh ini tidak menghapuskan kewajiban orang tua tersebut untuk membiayai sesuai kemampuan penghidupan, pemeliharaan dan pendidikan anaknya. Pencabutan dan pengembalian kuasa asuh orang tua ini ditetapkan dengan keputusan hakim. Jadi jelasnya pencabutan kuasa asuh itu harus ditunjukkan kepada pengadilan, demikian juga pengembaliannya. Bentuknya adalah permohonan penetapan hakim. Untuk itu harus ada pihak yang mengajukan permohonan misalnya salah seorang dari keluarga. Misalnya dalam keadaan orang tua sudah bercerai pemohon boleh ayah atau ibu si anak, atau juga boleh keluarga dalam garis lurus. Hal ini lah yang tadinya ingin di tamping di dalam Undang-undang Pengadilan Anak.

Landasan Hukum: Peran Serta Masyarakat dan Pengawasan

Menurut Pasal 12 PP No. 2 Tahun 1988, masyarakat diberikan kesempatan seluas-luasnya untuk berperan serta dalam melaksanakan usaha kesejahteraan anak yang dapat di selenggarakan oleh badan sosial atau perseorangan. Untuk itu, pemerintah dapat memberikan bimbingan, konsultasi, dorongan dan bantuan. Pemberian bimbingan dan konsultasi dimaksudkan agar pelaksanaan usaha kesejahteraan anak oleh masyarakat sejajar dengan kebijaksanaan pemerintah. Pemberian dorongan dan bantuan dimaksud untuk memberikan dorongan agar masyarakat dapat lebih meningkatkan peran sertanya dalam usaha mewujudkan kesejahteraan anak.

Sangat penting untuk menjadi perhatian apabila ternyata usaha penyejahteraan anak sebagai salah satu upaya pengentasan anak jalanan dari eksploitasi ternyata mengalami hambatan dalam implementasinya, maka pengawas terhadap usaha kesejahteraan anak yang dilakukan oleh Mentr Sosial haruslah bersifat responsif. Andaikata anak-anak jalanan itu tidak dapat dikembalikan ke dalam system sosial yang wajar (orang tua, panti asuhan, atau

10 Arief Gosita. *Masalah Perlindungan Anak*, Liberty Yogyakarta 1991. Hal.21

masyarakat normatif pada umumnya), sebagaimana terjadi dalam banyak kasus, atau karena alasan lain, seperti kurangnya tempat penampungan untuk mereka, maka tidak ada cara lain jikalau ingin tetap peduli kecuali dengan memperhatikan anak-anak jalanan itu dalam keadaan mereka yang sebenarnya, atau senyatanya.

Anak-anak jalanan perlu tahu dunianya sendiri yang keras, peluang-peluang yang sempit dan tantangan-tantangan yang berat, agar dapat mempertahankan hidupnya. Untuk itu diperlukan Lembaga Swadaya Masyarakat yang mampu memberdayakan (*empowering*) mereka. Tetapi upaya ini amat sulit, membutuhkan tenaga relawan yang banyak dan tentu saja biaya. Tidak heran apabila mereka bergabung dan mungkin juga menerima bantuan dari masyarakat luas yang peduli pada pemberdayaan ini. Hingga pada akhirnya banyak Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) yang mendirikan sekolah jalanan (*street educators*).

PENUTUP

Buruknya situasi anak mendorong perumusan instrumen hak anak. Perumusan hak-hak anak mengalami proses dialogis yang panjang dan melelahkan, yang kemudian pada tahun 1989 berhasil mengesahkannya menjadi suatu Konvensi Hak Anak (*United Nation's Convention on the Rights of the Child-KHA*) yang disahkan oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) dengan Resolusi 44/25 pada tanggal 20 November 1989, dan mulai mempunyai kekuatan memaksa (*entered in to force*) pada tanggal 2 September 1990. KHA merupakan perjanjian internasional mengenai Hak Asasi Manusia (HAM) yang mengintegrasikan hak sipil dan politik (*political and civil rights*), secara bersamaan dengan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya (*economic, sosial and cultural rights*). Kehadirannya mengesampingkan dikotomisasi antara hak sipil dan politik sebagai generasi pertama HAM dengan dengan hak ekonomi, sosial dan budaya yang dikenal generasi kedua HAM.

Guna menjalankan prinsip *the best interest of the child* ini, dalam rumusan Pasal 3 ayat (2) KHA ditegaskan bahwa negara peserta menjamin perlindungan anak dan memberikan kepedulian pada anak dalam wilayah yurisdiksinya. Negara mengambil peran untuk memungkinkan orang tua bertanggung jawab terhadap anaknya, demikian pula lembaga-lembaga hukum lainnya. Dalam situasi di mana tanggung jawab dari keluarga atau orang tua tidak dapat dijalankannya, maka negara mesti menyediakan program “jaminan sosial”. Perihal jaminan sosial ini, diharmonisasikan ke dalam Pasal 8 UU No. 23 Tahun 2002 yang secara eksplisit menyebutkannya sebagai hak anak yang wajib diselenggarakan oleh Pemerintah. Bahkan dengan rumusan Pasal 3 ayat (3) KHA, negara mesti menjamin institusi-institusi, pelayanan, dan fasilitas yang diberikan tanggungjawab untuk kepedulian pada anak atau perlindungan anak yang sesuai dengan standar yang dibangun oleh lembaga yang

berkompeten. Negara mesti membuat standar pelayanan sosial anak, dan memastikan bahwa semua institusi yang bertanggung-jawab mematuhi standar dimaksud dengan mengadakan monitoring atas pelaksanaannya.

DAFTAR PUSTAKA

- Arief Gosita. 1991. *Masalah Perlindungan Anak*. Yogyakarta: Liberty.
- Barda Nawawi Arief. 1998. *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- B.S. Bambang. 2002. *Kementerian Sosial, Intervensi Sosial*.
- Myron Weiner dalam *Far Eastern Economic Review*, 7 Februari 1991,
- Syahmin Ak. 1999. *Hukum Internasional Publik*, dalam M Joni dan Z Tanamas,
- UNICEF. 1990. *Convention on The Rights of The Child*.
- UNICEF. 1998. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. New York.
- UNICEF. 1999. *Aspek Hukum Perlindungan Anak, dalam Perspektif, Konvensi Hak Anak*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Savitri Goonesekere. 1998. *Children, Law and Justice A South Asian Perspective*. UNICEF & Sage Publications, New Delhi.
- Shanty Dellyana. 1988. *Wanita dan Anak di Mata Hukum*. Yogyakarta: Liberty.

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP HUBUNGAN KEWENANGAN ANTAR PEMERITAHAN DAERAH

Oleh:

Aswiwin Sirua

Fakultas Hukum Universitas Indonesia Timur

E-mail: aswiwin_sirua@ymail.com

Abstract: *The relationship between local government authority is the implementation of policy autonomy granted by the central government to local governments based by Act Number 32 of 2004. The relationship is relevant to the legal authority to prioritize reflexive coordination between subsystems and other subsystems to achieve a goal. It is also known for the takeover of responsibility for regulation by local governments to regulate and administer the affairs of government as one of the traits and characteristics of the reflexive law.*

Keywords: *Reflexive Law, Relations Authority, Local Government*

Abstrak: *Hubungan kewenangan antar pemerintahan daerah merupakan implementasi dari kebijakan otonomi yang diberikan oleh pemerintah pusat kepada pemerintah daerah yang didasarkan oleh Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004. Hubungan kewenangan ini relevan dengan hukum refleksif yang mengutamakan koordinasi antara subsistem dan subsistem lainnya demi tercapainya suatu tujuan. Selain itu juga dikenal adanya pengambil alihan tanggung jawab pengaturan oleh pemerintahan daerah untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan sebagai salah satu ciri dan karakteristik dari pada hukum refleksif.*

Kata Kunci: *Hukum Refleksif, Hubungan Kewenangan, Pemerintahan Daerah*

PENDAHULUAN

Pemerintah daerah sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945), kemudian dijabarkan dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 jo. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Pemerintahan Daerah. Dalam undang-undang tersebut, pemerintah daerah diberi otonomi, yaitu hak dan wewenang, serta kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat.

Hubungan kewenangan antara pemerintah dengan pemerintah daerah, sebagaimana ditetapkan pada Pasal 2 ayat (4) Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, merupakan suatu hubungan hierarki antar tingkat pemerintahan, karena Pemerintah daerah dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan memiliki hubungan dengan pemerintah pusat dalam sistem negara kesatuan, hubungan tersebut merupakan hubungan kewenangan secara vertikal sedangkan hubungan kewenangan antar pemerintah daerah dengan pemerintah

daerah lainnya merupakan hubungan kewenangan secara horizontal.

Pemberian kewenangan oleh pemerintah kepada pemerintah daerah merupakan suatu keharusan dalam sistem penyelenggaraan pemerintahan daerah, penyerahan kewenangan tersebut dapat dilaksanakan berdasarkan kebijakan desentralisasi, dekonsentrasi dan tugas pembantuan, apabila penyerahan kewenangan dilakukan berdasarkan kebijakan desentralisasi, maka kebijakan tersebut melahirkan otonomi bagi daerah untuk melaksanakan urusan yang diserahkan.

Berdasarkan pelimpahan urusan atau penyerahan sebagian kewenangan pemerintah, baik dalam konteks politis maupun secara administratif, kepada organisasi atau unit diluar pemerintah menjadi hal yang sangat penting untuk menggerakkan dinamika pemerintahan. Namun dalam tulisan ini penulis mencoba menguraikan dan menganalisis sebuah teori hukum refleksif terhadap hubungan kewenangan antar pemerintahan daerah di Indonesia?

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Pemerintahan Berdasarkan UUD NRI 1945

Sejak awal berdirinya Negara Kesatuan Republik Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945, para *the founding fathers and mathers* (pendiri negara) telah menetapkan pilihannya pada prinsip pemencaran kekuasaan (desentralisasi) dalam penyelenggaraan pemerintahan negara indonesia yang tujuannya secara eksplisit tercantum pada alinea keempat pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945):

”...melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial...”

Beranjak pada Pasal 18 ayat (1) UUD NRI 1945, bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang. Untuk mencapai tujuan tersebut diadakanlah pemerintahan daerah berdasarkan Pasal 18 UUD NRI 1945, sebagai konsekuensi yuridis dari diadakannya pemerintahan daerah (pembagian daerah) di Indonesia atas dasar desentralisasi adalah lahirnya daerah otonom yang memiliki otonomi (daerah) dalam menyelenggarakan urusan pemerintahannya sendiri.

Hal ini sejalan dengan apa yang terdapat dalam konstitusi dalam kaitannya dengan Pasal 18 UUD NRI 1945 sebagai landasan konstitusional penyelenggaraan pemerintahan daerah, khususnya setelah mengalami perubahan (amendemen) di dalamnya terkandung hal-

hal yang prinsipil, sebagaimana tampak prinsip-prinsip sebagai berikut: (1) Prinsip daerah untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan). Pasal 18 ayat (2). Ketentuan ini menegaskan bahwa pemerintah daerah adalah suatu pemerintahan otonom dalam NKRI. Prinsip tersebut lebih sesuai dengan gagasan membentuk pemerintahan daerah sebagai satuan pemerintahan mandiri di daerah yang demokratis.

Sebagaimana telah dipahami bahwa kehadiran UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (UU No. 32/2004) merupakan penjabaran lebih lanjut dari Pasal 18 UUD NRI 1945. Sesuai dengan amanat undang-undang tersebut pemerintah daerah menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangannya, kecuali urusan pemerintahan yang menjadi urusan pemerintah (pusat). Urusan pemerintah (pusat) dimaksud meliputi: (a) Politik luar negeri, (b) Pertahanan, (c) Keamanan, (d) Yustisi, (e) Moneter, dan fiskal nasional, dan (f) Agama (Pasal 10 ayat 3). Sehingga jelas bahwa hanya enam item tersebut yang harusnya diurus oleh pemerintah (pusat) dan selebihnya urusan-urusan lain diserahkan kepada daerah.

1. *Pemerintah (Pusat)*

Dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, kata pemerintah, pemerintahan, pemerintah daerah, pemerintahan daerah jelas dibedakan artinya satu sama lain. Dalam ketentuan umum dirumuskan bahwa pemerintah adalah pemerintah pusat, yaitu Presiden Republik Indonesia yang memegang kekuasaan pemerintahan negara menurut UUD NRI 1945. sedangkan kata pemerintah daerah adalah gubernur, bupati, dan walikota, dan perangkat daerah sebagai unsur penyelenggara pemerintah daerah.

Dengan demikian menurut Jimly Asshiddiqie, kata pemerintahan dalam arti penyelenggaraan pemerintahan dibedakan dari kata pemerintah yang merupakan subjek penyelenggaranya. Disamping itu kata pemerintah dalam perumusan undang-undang di Indonesia biasanya dikaitkan pula dengan pengertian pemerintah pusat.¹

Menurut Solly Lubis,² dapat dipahami bahwa struktur pemerintah (pusat) meliputi cabang-cabang kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif. Dalam istilah ini sekaligus tercakup segi-segi hubungan antara ketiga cabang kekuasaan itu serta wewenang masing-masing. Jadi istilah pemerintahan, mencakup pengertian-pengertian struktur dan mekanisme kekuasaan dalam suatu negara. Sedangkan istilah "pemerintah" lebih menggambarkan "peralatan" atau organ pemerintahan itu sendiri.

1 Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara*, PT. Buana Ilmu Populer Jakarta Barat, 2008. hlm. 411.

2 M.Solly Lubis, *Hukum Tata Negara*, CV. Mandar Maju, Sumber Sari Indah, Bandung, 2008. hlm 109-110

Solly Lubis, pimpinan negara terletak dalam tangan suatu organisasi teknis. Organisasi teknis ini memimpin suatu pertambahan jabatan-jabatan (*verband van ambten*) dan organisasi teknis inilah biasanya disebut "pemerintah".

Selanjutnya, Utrecht mengatakan bahwa istilah "pemerintah" itu meliputi pengertian yang tidak sama, yaitu:

- a. *Pemerintah* sebagai gabungan dari sebuah badan kenegaraan yang berkuasa memerintah dalam arti kata yang luas. Jadi termasuk semua badan-badan kenegaraan yang bertugas menyelenggarakan kesejahteraan umum : badan-badan kenegaraan yang bertugas membuat peraturan, badan kenegaraan yang bertugas menyelenggarakan dan mempertahankan peraturan yang dibuat oleh badan-badan yang disebut pertama, badan-badan kenegaraan yang bertugas mengadili. Berarti meliputi badan-badan legislatif, eksekutif dan yudikatif.
- b. *Pemerintah* sebagai gabungan badan-badan kenegaraan yang tertinggi ataupun (satu) badan kenegaraan tertinggi yang berkuasa memerintah di wilayah suatu negara. Misalnya Raja, Presiden, dan Sovyet (Dewan di uni Sovyet).
- c. *Pemerintah* dalam arti kepala negara (Presiden) bersama-sama dengan menteri-menterinya. Berarti organ eksekutif, yang biasa disebut Dewan Menteri atau Kabinet.

Marcus Lukman,³ mengemukakan bahwa penyelenggara pemerintahan ditingkat pusat (nasional) dipimpin oleh Presiden yang dibantu oleh 1 (satu) orang wakil Presiden dan oleh menteri negara. Sedangkan ditingkat daerah, penyelenggara pemerintahan daerah adalah pemerintah daerah dan DPRD. Penyelenggara pemerintahan di tingkat (pusat) maupun daerah berpedoman pada asas umum penyelenggaraan negara yang terdiri atas: *asas kepastian hukum; asas tertib penyelenggara negara; asas kepentingan umum; asas keterbukaan; asas proporsional; asas profesionalitas; asas akuntabilitas; asas efesiensi; dan asas efektifitas*.

Pemerintahan adalah kegiatan penyelenggaraan negara guna memberikan pelayanan dan perlindungan bagi segenap warga masyarakat, melakukan pengaturan, memobilisasi semua sumber daya yang diperlukan, serta membina hubungan baik di dalam lingkungan negara ataupun negara lain. Pemerintahan dalam arti luas menyangkut kekuasaan dan kewenangan dalam bidang legislatif, eksekutif dan yudikatif.

Eksekutif hanyalah kegiatan pemerintahan dalam arti sempit. Secara tradisional dipahami bahwa ada pembagian kekuasaan yang sangat tegas di antara ketiga lembaga tersebut. Legislatif melakukan pengaturan, membuat kebijaksanaan, sedangkan pihak eksekutif melaksanakan atau mengimplementasikan apa yang diatur atau yang diputuskan oleh pihak legislatif, dan kekuasaan yudikatif memberikan sanksi atas penyimpangan atau

3 Marcus Lukman, Hukum tata Pemerintahan Daerah, PMIH UNTAN PRESS, 2007. Hlm. 140

pelanggaran yang dilakukan oleh kekuasaan eksekutif terhadap apa yang sudah diputuskan oleh kekuasaan legislatif.

Menurut Jellinek dalam Maria Farida Indrati,⁴ mengatakan bahwa:

Pemerintahan mengandung dua arti yaitu arti formal dan arti materil. Pemerintahan dalam arti formal mengandung kekuasaan mengatur (*Verordmungsgewalt*) dan kekuasaan memutus (*Entscheidugsgewalt* sedangkan pemerintahan dalam arti materil berisi unsur memerintah dan unsur melaksanakan (*das Elementder Reglerung und das der Vollziehung*).

Moh. Kusnardi, dkk.⁵ mengatakan bahwa pemerintahan dalam arti luas adalah segala urusan yang dilakukan oleh negara dalam menyelenggarakan kesejahteraan rakyatnya dan kepentingan yang tidak hanya menjalankan tugas eksekutif saja, melainkan juga meliputi tugas-tugas lainnya termasuk legislatif dan yudikatif.

Sedangkan menurut Gabriel Almond dalam Syaukani dkk, menyatakan bahwa:

Pihak legislatif fungsinya adalah *rule making*, sedangkan kekuasaan eksekutif pada dasarnya melakukan apa yang disebut mengaplikasikan (*rule application*) dari apa yang sudah ditentukan dan ditetapkan, serta pihak yudikatif memiliki kewenangan adjudikasi terhadap penyimpangan atau penyelewengan dalam mengeksekusikan keputusan dan aturan yang sudah ditetapkan (*rule adjudication*).

Uraian tentang pemerintahan diatas memberikan gambaran bahwa pemerintahan itu terdiri dari legislatif, eksekutif dan yudikatif. Pada dasarnya penyelenggaraan sebuah negara moderen tidak menarik garis yang tegas diantara ketiga kewenangan atau kekuasaan dari institusi yang menjalankannya. Kewenangan atau kekuasaan yang dimiliki pemerintahan tersebut harus dijalankan berdasarkan undang-undang.

Sebelum lebih lanjut membahas persoalan pemerintahan berdasarkan undang-undang, perlu saya awali dengan penyamaan persepsi terhadap pertanyaan apakah hukum sama dengan undang-undang atau tidak. Hal ini disebabkan adanya dua pandangan yang menjawab pertanyaan tersebut dengan hasil yang berbeda. Pemerintahan berdasarkan undang-undang adalah salah satu dari ciri negara hukum *rechtsstaats*. Konsepsi ini dikemukakan oleh Julius Stahl sebagai pelopor konsepsi negara hukum dari sistem hukum eropa kontinental.

Konsepsi pemerintahan berdasarkan undang-undang dalam negara hukum *rechtsstaats* cenderung ke arah positivisme hukum yang membawa konsekwensi bahwa hukum harus di bentuk secara sadar oleh badan pembentuk peraturan perundang-undangan. Dalam rangka itu pembentukan peraturan perundang-undangan pada dasarnya dimaksudkan untuk membatasi kekuasaan pemerintah secara tegas dan melindungi hak-hak dasar. Disamping itu usaha pembatasan hak dasar ternyata juga dengan menggunakan instrumen peraturan perundang-

4 Maria Farida Indrati.S, Ilmu Perundang-Undangan (Jenis, fungsi dan materi muatan) Kanisius Yogyakarta, 2007. hlm. 131

5 Moh. Kusnardi dk, Ilmu Negara, Perintis Press, Jakarta, 1985. hlm. 171

undangan, sehingga kedudukannya menjadi sangat strategis dalam implementasi ide negara hukum. Kesalahan dalam implementasi dapat menjadikan negara hukum sekedar sebagai suatu negara aturan. Pemikiran negara hukum menghendaki bahwa apabila penguasa ingin meletakkan kewajiban-kewajiban diatas para warga (masyarakat) atau mengakui hak-hak warga masyarakat, maka kewenangan itu harus ditemukan dalam suatu peraturan perundang-undangan.

2. Pemerintahan Daerah Provinsi

Menurut Jimly Asshiddiqie,⁶ bahwa struktur hubungan kekuasaan antara pemerintahan pusat dengan provinsi dan kabupaten/kota ini bersifat pembagian yang bertingkat-tingkat, sehingga karena itu harus dilihat sebagai hubungan yang bersifat hirarkis. Hal itu jelas terlihat dalam rumusan, "*Negara kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi*" dan "*Daerah provinsi dibagi atas daerah kabupaten dan kota*". Konsep pembagian kekuasaan (*division of power*) disini bersifat vertikal dan hirarkis, dan terkait erat dengan kritik-kritik yang muncul sebagai akibat dari perumusan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 yang menentukan bahwa pola hubungan antara pemerintah pusat dan daerah provinsi serta kabupaten/kota yang sebelumnya bersifat horizontal. Sebagai akibat penerapan pengertian hubungan yang bersifat horizontal itu, timbul banyak efek samping di daerah-daerah, sehingga ketika perubahan kedua UUD 1945 dibahas tahun 2000, kelemahan tersebut sangat mempengaruhi, sehingga pilihan kata "*dibagi*" sebagaimana tersebut diatas, dimaksudkan untuk mengembalikan lagi pola hubungan dimaksud menjadi verikal kembali.

Pengertian pola hubungan yang tidak bersifat hirarkis itu juga dianut negara lain, seperti misalnya belanda yang sesuai dengan pemikiran Thorbecke disebut sebagai "*a decentralized unitary state*". Nemun, pengertian tentang hubungan yang tidak hirarkis itu cenderung, menimbulkan masalah kesalah pahaman di Indonesia. Karena itu, ketentuan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah mengenai hal ini telah dikoreksi dan dikembalikan kepada pengertian yang semula, yaitu bersifat hierarkis. Meskipun demikian, setiap daerah provinsi, kabupaten dan kota diberikan otonomi sendiri-sendiri berdasarkan ketentuan undang-undang. Struktur pelapisan pemerintahan yang bersifat hierarkis ini dianggap sebagai suatu yang niscaya.

Pemerintahan daerah dimaksud dapat mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan mengurus asas otonomi dan tugas pembantuan. Pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang menjadi urusan pemerintah, dengan tujuan meningkatkan kesejahteraan masyarakat, pelayanan umum, dan daya saing daerah. Kemudian dalam Pasal 3 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 32 Tahun 2004, dinyatakan bahwa pemerintahan daerah sebagaimana dimaksud diatas adalah (a)

6 Jimly Asshiddiqie, Loc.cit

pemerintahan daerah provinsi yang terdiri atas pemerintah daerah dan DPRD provinsi, dan (b) pemerintahan daerah kabupaten/kota yang terdiri atas pemerintah daerah kabupaten/kota dan DPRD kabupaten/kota, sedangkan ayat (2) adalah yang dimaksud dengan pemerintah daerah adalah kepala daerah dan perangkat daerah.

Oleh sebab itu, ketentuan UU No. 32 Tahun 2004 tersebut dalam Bab IV tentang Penyelenggaraan Pemerintahan, mulai dari Pasal 19 sampai dengan Pasal 128, berlaku umum baik bagi provinsi maupun daerah kabupaten/kota. Bahkan Bab III tentang Pembagian Urusan Pemerintahan dalam Pasal 10 sampai dengan Pasal 18 juga berlaku umum untuk seluruh tingkatan daerah provinsi, kabupaten dan kota. Ketentuan yang berlaku khusus bagi daerah provinsi hanya tercantum dalam Pasal 10 ayat (5) huruf b, Pasal 12 ayat (2), dan Pasal 13. sedangkan Pasal 14 hanya berlaku bagi daerah kabupaten dan kota. Dalam Pasal 37 dan Pasal 38 juga di atur tersendiri mengenai tugas gubernur selaku wakil pemerintah (pusat). Selanjutnya adalah ketentuan yang berlaku umum, baik bagi provinsi maupun kabupaten dan kota.

3. *Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota*

Seperti yang telah diuraikan sebelumnya bahwa pada pokoknya, pemerintahan daerah kabupaten dan daerah kota dianggap sebagai satu kesatuan unit pemerintahan daerah secara sendiri-sendiri seperti halnya pemerintahan daerah provinsi. UUD NRI 1945 tidak membedakan antara daerah provinsi dan daerah kabupaten/kota, kecuali hanya dalam tingkatan hierarkisnya.

Kabupaten kota merupakan kesatuan unit pemerintahan negara yang langsung berhubungan dengan fungsi pengayoman dan pelayanan pemerintahan negara terhadap rakyat. Untuk itu, setiap satuan pemerintahan dilengkapi dengan perangkat administrasi ditingkat kecamatan yang dipimpin oleh seorang camat sebagai pejabat administrasi yang terendah diatas kepala desa dan lurah. Di samping itu, setiap pemerintahan daerah juga memiliki perangkat lembaga perwakilan rakyat. Di tingkat provinsi ada DPR Provinsi, di tingkat Kabupaten/Kota ada DPRD Kabupaten/Kota. Bahkan ditingkat desa dan kelurahan, terdapat juga lembaga perwakilan yang mirip dengan DPRD, yaitu di desa disebut Badan Perwakilan Desa, sedangkan di lurah disebut Dewan Kelurahan. Lembaga-lembaga perwakilan ini, terutama didesa dengan kelurahan, di samping mempunyai fungsi politik, juga mengandung fungsi pendidikan demokrasi di kalangan rakyat.

Seperti halnya pemerintahan daerah provinsi, maka pemerintahan daerah kabupaten dan kota juga dapat disebut tersendiri sebagai lembaga negara di daerah. Karena subjek hukum kelembagaan yang disebut secara eksplisit dalam Pasal 18 ayat (2), (3), (5), (6) dan ayat (7) justru adalah "*pemerintahan daerah*" yang meliputi kepala pemerintah daerah dan

dewan perwakilan rakyat daerah (DPRD).

Dalam Pasal 18 ayat (2) dan (3) UUD NRI 1945 jelas ditentukan bahwa pemerintahan daerah kabupaten mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan. Pemerintahan Daerah Kabupaten memiliki DPRD kabupaten yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum. Pasal 18 ayat (5) dan (6) juga menentukan bahwa pemerintahan daerah kabupaten menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan pemerintahan pusat. Pemerintahan Daerah Kabupaten berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.

Selanjutnya menurut Jimly Asshiddiqie, bahwa yang perlu diperhatikan bahwa subjek pemerintahan daerah itu, dalam hal ini satuan pemerintahan daerah kabupaten dapat disebut sebagai subjek hukum yang tersendiri apabila satu pemerintahan daerah kabupaten itu dilihat sebagai satu kesatuan yang mencakup jabatan bupati selaku kepala pemerintah daerah dan DPRD. Apabila bupati dan DPRD disebut sebagai institusi secara terpisah, maka subjek hukum kelembagaannya adalah bupati dan DPRD.⁷

Kewenangan Pemerintahan

Istilah kewenangan dan wewenang dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia berarti, “hak dan kekuasaan untuk bertindak, kewenangan, kekuasaan membuat keputusan, memerintah, dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang lain, fungsi yang boleh tidak dilaksanakan. Sedangkan kewenangan adalah hal berwenang, dan kekuasaan yang dipunyai untuk melakukan sesuatu.”

Sedangkan menurut Mustamin Dg. Matutu,⁸ kewenangan atau wewenang adalah, “Pengalihan (pendelegasian) sebagian wewenang dari pimpinan pusat secara berjenjang (bertingkat-tingkat) kepada pribadi-pribadi ataupun kepada kelompok-kelompok pertugas (selaku lembaga) bawahan yang mungkin terbesar menurut wilayah “*teritorial*” yang sangat luas organisasinya, membuka kemungkinan putusan-putusan kebijaksanaan yang akan diambil akan lebih memperhatikan dan lebih sesuai dengan situasi dan kondisi setempat.”

Pemerintahan daerah dalam menjalankan kewenangannya tentu tidak serta merta didapatkan begitu saja, namun harus berdasarkan dengan kehendak rakyat melalui Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) atau Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) sebagai representasi rakyat dalam bentuk produk peraturan perundang-undangan.

Berkaitan dengan hubungan kewenangan Safri Nugraha,⁹ menjelaskan bahwa,

7 Jimly Asshiddiqie, Loc.cit.

8 Mustamin Dg, Matutu dkk, *Delegasi, Atribusi dan Implikasinya di Indonesia*, (Universitas Islam Indonesia Press, Yogyakarta), 1999, hlm. 21.

9 Safri Nugraha, dkk. *Pemahaman dan Sosialisasi Penyusunan RUU Tata Hubungan Kewenangan Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah*, Jakarta PT. Raja Grafindo Persada, 2000 hlm, 3

“terjadinya hubungan kewenangan antara pemerintah dengan pemerintah daerah terutama disebabkan oleh adanya kewenangan yang bersifat *concurrent* (konkuren).” Wewenang konkuren terdapat pada kelompok wewenang yang dapat didesentralisasikan. Pembagian wewenang dalam UU No. 32 Tahun 2004, wewenang konkuren tersebut sering kali dapat menimbulkan salah persepsi atau terjadinya kekosongan dalam proses pemerintahan. Namun apabila ditata secara optimal, dapat membawa sinergitas dan menjaga kualitas pemerintahan yang lebih terarah. Adakalanya sistem pembagian wewenang yang sudah diatur dalam undang-undang tidak sepenuhnya menjadi pendorong terjadinya hubungan wewenang tetapi terdapat kondisi riil yang membutuhkan penanganan pemerintahan yang cepat.

Adapun penyerahan kewenangan pemerintahan dalam bentuk negara keasatuan sebagaimana yang dianut Indonesia adalah adanya bentuk kebijakan desentralisasi. Dimana sesungguhnya semua kewenangan pemerintahan ada pada pemerintah pusat namun karena pertimbangan negara yang cukup mempunyai wilayah yang luas maka dibuatlah kebijakan tersebut desentralisasi sebagai lawan sentralisasi (pemusatan kekuasaan).

Menurut Hanif Nurholis,¹⁰ penyerahan wewenang adalah terdiri atas: (a) materi wewenang adalah seluruh urusan pemerintahan yang terdiri atas urusan pemerintahan umum dan urusan pemerintahan lainnya; (b) manusia yang disertai wewenang adalah masyarakat yang tinggal di daerah yang bersangkutan sebagai kesatuan masyarakat hukum, jadi bukan kepada Kepala Daerah atau kepada anggota DPRD atau keduanya; (c) Wilayah yang disertai wewenang adalah daerah otonom, bukan wilayah administrasi.

Dalam suatu pemerintahan terdapat berbagai subsistem antara lain adalah: subsistem pemerintahan pusat yang terdiri Presiden dan menteri menterinya, subsistem pemerintahan daerah provinsi yang terdiri dari Gubernur dan DPRD, subsistem pemerintahan daerah kabupaten/ kota yang terdiri dari Bupati/Walikota dan DPRD serta pada tingkat subsistem terkecil yakni pemerintahan desa yang terdiri dari Kepala Desa dan BPD (Badan Perwakilan Desa). Keterpaduan antara subsistem dan sistem pemerintahan tersebut akan membentuk suatu sistem pemerintahan nasional yang akan mewujudkan dari pada tujuan negara.

Kondisi tersebut akan dapat tercapai apabila hubungan antar subsistem dapat menghasilkan suatu jalinan yang simultan ketika subsistem dengan sub-sistem lainnya bekerja, sehingga dapat berjalan sesuai dengan fungsi-fungsinya masing-masing secara serasi, selaras, dan harmonis. Jika diantara subsistem berjalan saling berlawanan, misalnya salah satunya ke barat dan lainnya ke timur berarti tidak terjadi suatu koordinasi dengan baik, tidak fokus pada suatu tujuan yang telah ditetapkan maka penyelenggaraan pemerintahan menjadi tidak efektif yang pada akhirnya yang akan didapati adalah pemerintahan yang jauh

10 Hanif Nurholis, *Teori dan Praktik Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, PT. Gramedia Widiasarana, Jakarta, 2007, hlm 155.

dari keinginan rakyat yakni kesejahteraan. Sehingga untuk hubungan pemerintahan dapat terbentuk secara baik dengan hasil guna yang maksimal, negara dapat mengembangkan hubungan antar lembaga negara dan hubungan antar pemerintahan pada semua jenjang pemerintahan baik di tingkat pusat maupun antar daerah. ditingkat pusat diatur hubungan antar lembaga tinggi negara sedangkan di tingkat daerah juga diatur hubungan antar provinsi maupun kabupaten/kota.

Sedangkan menurut Aminuddin Ilmar,¹¹ bahwa selain kewenangan penyelenggaraan hubungan antara pemerintah dengan pemerintah daerah selalu diwarnai dengan hubungan saling kecurigaan hal ini disebabkan karena disatu sisi ada kekhawatiran bahwa akan terjadi disintegrasi daerah yang ujung-ujungnya akan melahirkan konsepsi negara federal namun dipihak lain dari sudut pandang daerah mrlihat adanya keengganan pemerintah untuk mendelegasikan sebagian wewenangnya kepada daerah sehingga sangat sulit bagi daerah untuk melahirkan pemerintahan dengan akuntabilitas publik yang cukup oleh karena itu, tidak sejalan dengan demokrasi pemerintahan.

Perspektif Hukum Refleksif

Hukum Refleksif adalah hukum yang berfungsi sebagai sistem untuk melakukan koordinasi atas tindakan-tindakan dalam dan antara sub-sub sistem sosial yang semi otonom sebagai suatu proses transisi. Dari pengertian tersebut, terdapat babarapa ciri dan karakteristik Hukum reflesif, yakni: jenis pendekatan baru dari pengendalian hukum itu sendiri; sebagai pengganti dari pengambil alihan tanggung jawab pengaturan; demi hasil dari proses-proses sosial; membatasi dari pada penempatan koreksi; mendefenisikan ulang mekanisme pengaturan diri yang demokratis.

Berdasarkan judul dan uraian tersebut di atas, maka tulisan ini akan fokus pada hubungan kewenangan antar daerah yang di mana terdiri dari dua tingkatan daerah, yakni provinsi dan kabupaten/kota.

Perkembangan masyarakat dan hukum terus melaju seakan terus mengikuti perkembangan zaman. Meskipun kadang perkembangan hukum masih harus tertatih-tatih mengikuti perkembangan zaman, namun ia berusaha untuk terus memberikan sumbangsih pada kegiatan dan upaya pengkajian hukum. Hal ini berlaku pula pada pandangan terhadap perkembangan pemerintahan yang berhubungan dengan pengaturan hukum itu sendiri.

Bentuk hukum yang dikenal sebagai rasionalitas formal, diarahkan kepada rasionalitas substansif. Dengan tingkat kesejahteraan dan peraturan, tekanan yang lebih besar yang selama ini ditempatkan pada hukum rasional formal yang memberikan perhatian dan fungsi pada

11 Aminuddin Ilmar, Hubungan Kewenangan Antara Pemerintah dengan Pemerintah Daerah Dalam Rangka Meningkatkan Demokrasitisasi Pemerintahan, Pidato Guru Besar Pada Fakultas Hukum UNHAS, 2007 hlm. 1.

orientasi pemerintah akan banyak mengarah pada pembangunan hukum yang berorientasi pada penguatan sub-sub sistem yang ada pada masyarakat, agar nantinya hukum akan dapat digunakan sebagai instrument untuk orientasi tujuan dan intervensi arah dengan maksud tertentu. Dengan adanya upaya itu maka perlu dilakukan suatu usaha sebagai 'rematerialisasi hukum' sehingga terus ada upaya dalam menuju suatu tatanan hukum modern. Dengan demikian maka orientasi hukum dan masyarakat harus senantiasa didengungkan agar bagian dari warisan program status welfare-regulatory ini akan berkembang menuju mengacu pada solusi dalam merubah rasionalitas formal ini, sebab hukum dibentuk tidak untuk hanya kepentingan hukum itu sendiri, namun untuk kepentingan manusia dan kehidupan masyarakat.

Pandangan hukum refleksif terhadap hubungan kewenangan antar pemerintahan daerah menurut hemat penulis sangat relevan dan penting untuk di implementasikan mengingat dinamika yang ada dalam masyarakat sangat kompleks baik dari segi baik hukum maupun politik. Dalam hubungan kewenangan antar pemerintahan daerah sudah sesuai dengan kebutuhan masyarakat yang ada di daerah.

Sebelum UU No. 22 Tahun 1999 Tentang Pemerintahan Daerah segala bentuk kebijakan terpusat pada satu titik pemerintahan yang dikenal dengan sistem *Sentralistik* sedangkan daerah hanya diletakkan sebagai wilayah administratif saja untuk menjalankan segala kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah pusat sehingga sistem ini tidak berjalan sesuai dengan keinginan dan kebutuhan masyarakat termasuk aspek pembuatan regulasi. Namun setelah UU No. 22 Tahun 1999 dan UU No. 32 Tahun 2004 jo. UU No. 12 Tahun 2008, sebagai landasan hukum pemerintahan daerah diterbitkan maka secara drastis sistem pemerintahan yang terpusat berubah menjadi sistem pemerintahan yang otonom dan diperkuat oleh konstitusi hasil amendemen.

Penyelenggaraan pemerintahan dengan otonomi membawa paradigma baru terhadap sistem hukum yang diberlakukan dalam suatu negara. Sebagaimana diketahui bahwa hukum dalam arti sempit adalah Peraturan perundang-undangan dimana termasuk peraturan daerah sebagai produk hukum pemerintahan daerah. Sebagaimana bahwa pemerintahan daerah saat ini diberikan hak dan kewajiban serta kewenangan untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan yang diberikan secara atributif oleh pembentuk undang-undang.

Kewenangan provinsi dan kabupaten/kota sebagai masing-masing daerah otonom tidak lagi mempunyai hubungan yang secara hirarkis namun yang ada adalah hubungan kewenangan antara keduanya maupun daerah lainnya sehingga antara provinsi dan kabupaten/kota bukan lagi atasan bawahan karena kewenangan provinsi mencakup kewenangan dalam bidang pemerintahan yang bersifat lintas kabupaten dan kota, serta kewenangan dibidang

tertentu lainnya.¹²

Hukum refleksif yang mana didalamnya terdapat ciri dan kharakteristik adanya pengambil alihan tanggung jawab pengaturan ini menjadi relevan dengan pelaksanaan pemerintahan daerah dikarenakan antar tingkatan pemerintahan terdapat pendelegasian kewenangan oleh pemerintah pusat kepada pemerintahan daerah baik pemerintahan daerah provinsi maupun pemerintahan daerah kabupaten/kota. Sehingga terjadilah pengalihan tanggung jawab pemerintahan.

Oleh karena pemerintahan daerah memiliki kewenangan untuk membuat regulasi sendiri berdasarkan dengan prinsip otonomi namun tidak dengan bebas menentukan apa yang harus diaturnya karena dibatasi dengan asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan oleh pemerintah. Seperti asas *lex superior derogal legi inferiori* (bahwa peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi) sehingga inilah yang menurut hemat penulis menjadi kendala bagi daerah dikarenakan produk hukum daerah yang dianggap bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi atau bertentangan dengan kepentingan umum bisa saja di batalkan oleh pemerintah pusat (Mendagri).

PENUTUP

Kesimpulan

Berdasarkan uraian di atas, maka dapatlah penulis menarik kesimpulan sebagai berikut:

1. Hubungan kewenangan antar pemerintahan daerah berdasarkan dengan prinsip otonomi sudah relevan dengan penerapan hukum refleksi sebagai hukum yang semi otonom dalam arti bahwa diharapkannya ada koordinasi antar pemerintahan baik pusat maupun daerah untuk menjalankan fungsi-fungsinya guna tercapainya tujuan negara dan kebutuhan masyarakat setempat;
2. Dengan adanya pendelegasian kewenangan oleh pemerintah pusat kepada pemerintah daerah maka secara langsung maupun tidak langsung telah terpenuhi salah satu ciri dari pada hukum refleksif yakni adanya pengambil alihan tanggung jawab pengaturan.

Saran

1. Perlu penguatan kembali kewenangan pemerintahan yang diserahkan kepada pemerintahan daerah sehingga dapat lebih optimal dan efektif penyelenggaraan pemerintahan untuk mencapai tujuan negara yakni kesejahteraan rakyat.

¹² Agussalim Andi Gadjong, *Pemerintahan Daerah Kajian Politik dan Hukum*, Ghalia Indonesia, 2007, hlm 187.

2. Perlu menggali kembali nilai-nilai yang ada dalam masyarakat sehingga pemerintah lebih responsif tentang kebutuhan masyarakat yang dinamis serta kemandirian pemerintahan daerah lebih dimaksimalkan.

DAFTAR PUSTAKA

- Aminuddin Ilmar, *Hubungan Kewenangan Antara Pemerintah dengan Pemerintah Daerah Dalam Rangka Meningkatkan Demokratisasi Pemerintahan*, Pidato Guru Besar Pada Fakultas Hukum UNHAS, 2007.
- Agussalim Andi Gadjong, *Pemerintahan Daerah Kajian Politik dan Hukum*, Ghalia Indonesia, 2007.
- Hanif Nurholis, *Teori dan Praktik Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, PT. Gramedia Widiasarana, Jakarta, 2007.
- Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara*, PT. Buana Ilmu Populer Jakarta Barat, 2008.
- M. Guntur Hamzah, *Bahan Kuliah Hukum Masyarakat dan Pembangunan*. 2012.
- M.Solly Lubis, *Hukum Tata Negara*, CV. Mandar Maju, Sumber Sari Indah, Bandung, 2008.
- Marcus Lukman, *Hukum Tata Pemerintahan Daerah*, PMIH UNTAN PRESS, 2007.
- Maria Farida Indrati.S, *Ilmu Perundang-Undangan (Jenis, fungsi dan materi muatan)* Kanisius, Yogyakarta, 2007.
- Moh. Kusnardi dk, *Ilmu Negara*, Perintis Press, Jakarta, 1985.
- Mustamin Dg, Matutu dkk, *Delegasi, Atribusi dan Implikasinya di Indonesia*, (Universitas Islam Indonesia Press, Yogyakarta), 1999.
- Safri Nugraha, dkk. *Pemahaman dan Sosialisasi Penyusunan RUU Tata Hubungan Kewenangan Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah*, Jakarta. PT. Raja Grafindo Persada, 2000.

PENYEDERHANAAN DAN PEMBENAHAN PARTAI POLITIK MENUJU SISTEM PRESIDENSIALISME YANG IDEAL

Oleh:

Fitrinela Patonangi

Magister Ilmu Hukum PPS Universitas Hasanuddin

E-mail: fitrijunam@yahoo.com

Abstract: *Multiparty system in a pluralistic society such as Indonesia can be said is a necessity. With the freedom of association (freedom of association), which opened very wide since the reform, we can not possibly hope to have a limited number of political parties, but by applying the principles that limit the number of political parties that it strictly. Presidential system as the product of a constitutional amendment that combined with a multi-party system difficult to implement as it affects the effectiveness of the running of the government. as a middle ground solution is a simplification of political parties through the application of Parliamentary Threshold consistently and political reform.*

Keywords: *Presidentialism, Political Parties*

Abstrak: *Sistem multipartai dalam masyarakat majemuk seperti Indonesia dapat dikatakan merupakan keniscayaan. Dengan kebebasan berorganisasi (freedom of association) yang dibuka sangat lebar sejak reformasi, kita tidak mungkin berharap dapat memiliki jumlah partai politik yang terbatas, kecuali dengan menerapkan prinsip-prinsip yang membatasi jumlah partai politik itu secara ketat. Sistem presidensial sebagai produk amandemen konstitusi yang dikombinasikan dengan sistem multipartai sulit untuk dilaksanakan karena mempengaruhi efektifitas jalannya pemerintahan. Sebagai solusi jalan tengah adalah penyederhanaan partai politik melalui penerapan parliamentary threshold secara konsisten dan pembenahan partai politik.*

Kata Kunci: *Presidensialisme, Partai Politik*

PENDAHULUAN

Negara Indonesia menganut sistem pemerintahan presidential. Hal tersebut, sebagaimana ditegaskan dalam Penjelasan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) sebelum amendemen. Namun bersamaan dengan itu, Indonesia menganut prinsip kedaulatan rakyat yang dijemakan dalam adanya lembaga Majelis Permusyawaratan Rakyat yang kemudian dipahami sebagai lembaga tertinggi negara kemana Presiden sebagai kepala negara dan kepala pemerintahan harus bertunduk dan bertanggung jawab. Prinsip pertanggungjawaban pemerintahan kepada lembaga permusyawaratan dan perwakilan rakyat itu merupakan salah satu ciri sistem pemerintahan parlemen yang dikenal di dunia, sehingga timbul pengertian bahwa sistem presidential berdasarkan UUD NRI 1945 tidaklah bersifat murni, melainkan bersifat quasi-presidential.

Pada tahun 1999, timbul perdebatan mengenai perlunya diadakan perubahan UUD NRI 1945, muncul kesepakatan bahwa perubahan itu dapat disepakati bersama, asalkan dapat dijamin bahwa sistem pemerintahan presidensial tidak akan berubah, dan bahkan ada pula yang menyatakan bahwa perubahan UUD NRI 1945 akan dilakukan asalkan salah satunya dimaksudkan untuk memperkuat sistem presidensial. Di samping istilah penguatan sistem pemerintahan presidensial, kadang-kadang ada juga yang menggunakan istilah pemurnian atau purifikasi sistem pemerintahan presidensial.

Di antara cirinya yang baru ialah bahwa dalam sistem pemerintahan presidential berdasarkan UUD NRI 1945 dewasa ini, tidak ada lagi jalur pertanggungjawaban Presiden kepada MPR, karena Presiden dipilih langsung oleh rakyat, maka Presiden juga harus langsung bertanggungjawab kepada rakyat melalui penerapan prinsip-prinsip transparansi dan akuntabilitas, melalui kebebasan pers, melalui kebebasan berserikat, berkumpul, dan berpartai politik, dan melalui pemilihan umum yang langsung, umum, bebas, rahasia, dan jujur, serta berkeadilan secara periodik setiap 5 tahunan. Dengan menelaah perkembangan yang demikian, maka kita tidak perlu ragu untuk menyatakan bahwa sistem pemerintahan yang dianut oleh UUD NRI 1945 dewasa ini adalah sistem pemerintahan presidential.¹

Para ahli yang mendalami studi perbandingan politik sebenarnya sudah menyadari berbagai problematika yang melekat pada sistem presidensial sebagaimana dipraktekkan di Amerika Serikat dan diadopsi di negara-negara Amerika latin. Sistem presidensial memiliki 3 kelemahan pokok, yakni: *Pertama*, kemungkinan munculnya kelumpuhan ataupun jalan buntu politik (*deadlock*) akibat konflik eksekutif-legislatif. Potensi jalan buntu itu semakin besar lagi apabila sistem presidensial dikombinasikan dengan sistem multi partai seperti yang dikhawatirkan oleh Scott Mainwaring. *Kedua*, kekakuan sistemik yang melekat pada presidensialisme akibat masa jabatan eksekutif yang bersifat tetap, sehingga tidak ada peluang mengganti presiden di tengah jalan jika kinerjanya tidak memuaskan publik. *Ketiga*, prinsip pemenang mengambil semua maksudnya yang inheren dalam sistem multipartai yang umumnya menggunakan sistem dua putaran pemilihan presiden, sehingga memberi peluang bagi presiden untuk mengklaim pilihan-pilihan kebijakannya atas nama rakyat, dibandingkan lembaga parlemen yang didominasi kepentingan partisan dari partai-partai politik. Juan linz bahkan mengatakan bahwa pemisahan kekuasaan antar lembaga eksekutif dan legislatif di dalam sistem presidensial, cenderung menimbulkan polarisasi dan instabilitas politik, sehingga dianggap tidak begitu cocok diadopsi di negara-negara demokrasi baru.²

1 Jimly Asshiddiqie. 2011. *Memperkuat Sistem Pemerintahan Presidensial: Makalah Orasi Ilmiah pada Dies Natalis Universitas Negeri Jember ke-47*. Jember.

2 Maswadi Rauf dkk. 2009. *Sistem Presidensial dan Sosok Presidensial*. Dalam Moch Nurhasim dan Ikrar Nusa Bakti (ed). Pustaka Pelajar : Yogyakarta.

Untuk konteks politik Indonesia, menurut Hanta Yuda AR,³ ada tiga faktor penyebab sistem multipartai di Indonesia sulit dihindari. *Pertama*, tingginya tingkat pluralitas masyarakat (suku, ras, agama dan daerah) faktor ini menjadi faktor utama (faktor pembentuk). *Kedua*, dukungan sejarah sosio-kultural masyarakat (faktor pendorong). *Ketiga*, desain sistem pemilihan proporsional dalam beberapa sejarah pemilihan umum (faktor penopang). Struktur multipartai merupakan struktur politik sedangkan sistem presidensial merupakan struktur konstitusi. Sistem multipartai akan mempengaruhi corak dan perilaku institusi kepresidenan dan pesonalitas presiden.

Implikasi utama yang akan terjadi dengan sistem presidensial dengan sistem multipartai adalah tingkat pelemagaan kepartaian rendah dan kekuatan politik di parlemen cenderung terfragmentasi oleh berbagai kepentingan dan kemajemukan partai yang cukup tinggi. Dan cenderung kekuatan partai terdistribusi secara merata dan sulit memperoleh kekuatan mayoritas dalam parlemen. Jadi perlu membangun koalisi yang kuat di pemerintahan (kabinet) dan parlemen. Namun, karena tipologi partai Indonesia rata-rata memiliki ideologi yang lemah dan bersifat fragmatis, ikatan koalisi di tengah jalan sifatnya goyah. Koalisi partai politik yang dilakukan pemerintah bukanlah sebuah penyimpangan namun merupakan bentuk menjaga keseimbangan dan stabilitas sistem politik dan pemerintahan, meskipun pilihan ini menimbulkan konsekuensi politik yang terkesan menyandera kepentingan rakyat secara luas demi kepentingan sebagian partisan dari partai politik.

Ada empat aspek kompromi eksternal yang mempengaruhi pola hubungan antara kekuasaan presiden dengan partai politik di parlemen.⁴ *Pertama*, adanya intervensi partai politik terhadap presiden dan sebaliknya akomodasi presiden terhadap kepentingan partai politik dalam prosen pengangkatan/pemberhentian anggota kabinet. *Kedua*, rapuhnya ikatan koalisi partai, koalisi yang terbangun sangat cair dan rapuh. *Ketiga*, adanya kontrol parlemen terhadap pemerintah secara berlebihan atau kebablasan (*over control*) sehingga mengganggu stabilitas pemerintahan. *Keempat*, perjalanan pemerintahan sering dibayangi ancaman *impeachment* dari parlemen dan presiden masih rentan dimakzulkan.

Padahal prinsip presidensialisme pada dasarnya adalah *zero-sum elections*, pemenang pemilu mengambil semua (*winner takes all*) dan pesaingnya yang kalah dalam pemilu tersingkir dari kekuasaan eksekutif selama periode tertentu. Namun, dalam sistem presidensialisme yang mengkombinasikan dengan multipartai akan menyebabkan presidensialisme berkompromi, presiden terpilih merasa perlu melakukan koalisi dan memberi konsesi kepada partai-partai. Pembentukan kabinet tidak hanya bersandar pada hak prerogatif presiden, tetapi juga tergantung pada kompromi politik antar presiden dan

3 Hanta Yuda AR. *Presidensialisme Setengah Hati (Dari Dilema ke Kompromi)*. Gramedia Pustaka Utama: Jakarta.

4 *Ibid.* Hal 43

partai partai politik di parlemen. Bahkan sangat mungkin karena kompromi inilah yang mewarnai kabinet dengan *reshuffle* kabinetnya dan pemerintah terkesan tidak professional dalam menempatkan orang-orang dalam kabinet.

Sistem multipartai dalam masyarakat majemuk seperti Indonesia dapat dikatakan merupakan keniscayaan. Dengan kebebasan berorganisasi (*freedom of association*) yang sangat jelas diatur dalam UUD Tahun 1945 Pasal 1 ayat (2) bahwa, “Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-undang dan pada pasal 28 UUD 1945.” Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang, memberi konsekuensi yang diatur secara konstitusional bahwa kedaulatan rakyat itu termanifestasi dalam lembaga yang bernama partai politik yang dibuka sangat lebar sejak reformasi, kita tidak mungkin berharap dapat memiliki jumlah partai politik yang terbatas, seperti 2, 3, 4, atau hanya 5, kecuali dengan menerapkan prinsip-prinsip yang membatasi jumlah partai politik itu secara ketat.

Di masa orde baru, pembatasan partai politik yang hanya dibatasi sampai tiga partai politik, Pembatasan demikian ini dipandang tidak demokratis dan menyalahi prinsip kemerdekaan berserikat (*freedom of association*). Karena itu, di masa reformasi, kebijakan pembatasan itu ditiadakan, tetapi sebagai gantinya diterapkan kebijakan ambang batas (*threshold*) yang sebenarnya juga merupakan pembatasan, meskipun tidak secara langsung. Pembatasan dilakukan dengan membuka peluang kepada semua pihak, semua partai politik untuk bersaing secara terbuka. Apabila dalam persaingan itu, partai-partai politik yang bersangkutan tidak dapat mencapai perolehan dukungan yang memadai, maka keberadaannya didiskualifikasi, baik untuk menjadi peserta pemilu (*electoral threshold*) atau pun untuk duduk di kursi keanggotaan lembaga perwakilan rakyat (*parliamentary threshold*).

Wacana penyederhanaan partai politik menyebabkan beragamnya gagasan eksprimen yang ditawarkan partai politik. Berawal dari ide untuk menyederhanakan partai politik (di DPR) dalam rangka mencapai titik stabilitas pemerintahan di tengah semangat purifikasi sistem presidensial. Masalah yang muncul ketika penyederhanaan partai politik jangan sampai menghilangkan suara pemilih dalam pemilu. Oleh karenanya, penyederhanaan partai politik diusahakan juga seimbang dengan semangat representasi antara suara pemilih dengan kursi yang dihasilkan di DPR.

Penerapan *parliamentary threshold* memang baru diterapkan saat Pemilu 2009 dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008. Hasilnya memang cukup efektif untuk menyederhanakan kontestasi partai politik di DPR 2009-2014. Melihat sistem presidensial di dua priode masa jabatan presiden SBY belum menunjukkan hasil yang

memuaskan dan kinerja pemerintahan yang efektif.

Penyederhanaan partai politik salah satu cara untuk memperkuat sistem presidensial di Indonesia. Penerapan *parliamentary threshold* untuk pemilu 2014 dengan di undangkannya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012. Dalam Undang-Undang tersebut, diatur pada Pasal 208 ditetapkan ambang batas 3,5 persen suara secara nasional. Sekalipun menuai kritik dari partai politik baru dan mengajukan *judicial review* ke Mahkamah konstitusi yang menghasilkan keputusan 3,5 persen hanya berlaku tingkat pusat (DPR). Pada Pasal 6 ayat (1) dan (2) diatur tentang verifikasi untuk partai politik yang baru (setelah keluar keputusan MK), maka berlaku verifikasi oleh KPU untuk semua partai baik lama dan partai baru.

Pembenahan partai politik tidak kalah pentingnya dengan penyederhanaan partai politik. Mengingat untuk memperkuat sistem presidensial dengan penerapan parlemen *threshold* yang ditetapkan 3,5 persen untuk pemilu 2014 menantang partai politik untuk melakukan pembenahan secara internal dan eksternal dengan melaksanakan fungsi-fungsi partai politik yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2011 perubahan kedua dari Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik. Untuk memaksimalkan fungsi-fungsi partai politik dalam melaksanakan amanat rakyat menuju Negara yang kuat dan sejahtera.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Kerentanan Presidensial-Multipartai

Sistem Presidensial, menurut Mainwarring,⁵ sekurang-kurangnya memiliki 2 (dua) ciri utama. *Pertama*, kepala pemerintahan (Pesiden) dipilih secara terpisah dengan pemilihan anggota legislatif. Dengan demikian hasil pemilu legislatif tidak menentukan kekuasaan pemerintah (eksekutif) secara langsung. *Kedua*, kepala pemerintah dipilih untuk memerintah dalam periode waktu tetap (misalnya 5 tahun).

Selain kedua ciri utama yang dikemukakan oleh Mainwarring tersebut, Heywood memberikan beberapa ciri lain dari sebuah sistem presidensial. Ciri-ciri tersebut antara lain: Kepala negara dan kepala pemerintahan dijabat oleh seorang presiden, kekuasaan eksekutif berada di tangan presiden, sedangkan kabinet yang terdiri dari menteri-menteri adalah pembantu dan bertanggung jawab kepada presiden, dalam sistem presidensial terdapat pemisahan personel yang ada di parlemen dan di pemerintah.

Presidensialisme yang berjalan di tengah-tengah sistem multipartai pragmatis (presidensialisme kompromis) cenderung akan mereduksi keseimbangan (*equilibrium*) posisi Presiden dan parlemen akibat dari disharmonisasi pola relasi antar kedua lembaga. Presiden

5 Scott Mainwarring dan Matthew Soberg Shugart, *Presidentialism dan Democracy in Latin America*. Cambridge University Press, 1997. Hlm. 42

dalam sistem presidensial yang dipilih langsung oleh rakyat yang seharusnya memiliki posisi yang kuat di hadapan parelemen, cenderung memiliki posisi lemah di hadapan parlemen. Kondisi ini akan semakin nyata apabila presiden pemenang pemilu berasal dari partai minoritas di parlemen.

Berdasarkan studi Juan Linz dan Arturo Velenzuela⁶ di Amerika Latin, menuturkan, presidensialisme yang diterapkan di atas struktur politik multipartai diragukan dapat mendorong demokratisasi dan cenderung melahirkan konflik antara lembaga presiden dan parlemen dan akan menghadirkan demokrasi yang tidak stabil. Tesis itu diperkuat Scott Mainwarring dan Matthew Soberg Shugart bahwa kombinasi ini juga akan cenderung melahirkan presiden minoritas (*minority president*) dan pemerintahan terbelah (*devided government*), kondisi ketika presiden sangat sulit mendapatkan dukungan politik di parlemen.⁷

Kombinasi presidensialisme dan multipartai relatif lebih mendorong hubungan eksekutif dan legislatif menjadi *deadlock*, dibandingkan jika sistem multipartai dipadukan dengan perlementerisme. Sedangkan dalam sistem dwipartai, partai pendukung presiden biasanya dapat memperoleh suara mayoritas, atau sekurang-kurangnya mendekati hal itu. Hal ini dapat terjadi jika hanya ada dua partai yang bersaing dalam pemilu. Namun, dalam sistem multipartai, situasi seperti ini lebih sulit dicapai. Presidensialisme dan multipartai memang sebuah kombinasi yang dilematis yang tak ditemukan satu pun dari 31 kasus negara demokrasi yang stabil. Dibandingkan dengan sistem dua partai, sistem multipartai cenderung menghasilkan polarisasi ideologi. Sementara itu, dalam sistem presidensialisme, koalisi antarpartai cenderung lebih sulit dibangun dibandingkan dalam sistem parlementer. Di tengah ketiadaan kekuatan partai mayoritas, kemungkinan bagi terjadinya jalan buntu legislatif-eksekutif menjadi terbuka.⁸

Presidensialisme dengan menerapkan sistem pemilihan presiden secara langsung yang dilakukan secara terpisah dengan pemilihan anggota legislatif juga akan memperbesar peluang kemungkinan presiden terpilih berasal dari partai kecil. Konsekuensinya, Presiden perlu melakukan kompromi untuk menjalin hubungan yang harmonis dengan parlemen. Karena banyak proses politik dalam hubungan eksekutif dan legislatif yang memerlukan kompromi-kompromi politik. Beberapa di antaranya, Presiden perlu mendapat persetujuan dalam menetapkan anggaran. Selain itu, para menteri akan sering bersidang bersama-sama anggota komisi terkait dalam membahas berbagai kebijakan pemerintahan.

Penyederhanaan itu tidak berarti membatasi ruang gerak partai politik di Indonesia, khususnya menyangkut jumlah partai. Namun, penyederhanaan dalam sistem kepartaian

6 Juan Linz dan Arturo Velenzuela, *The Failure of Presidential of Democracy: the Case of Latin America*. Johns Hopkins University, 1994.

7 Scott Mainwarring dan Matthew Soberg Shugart. *Op.cit.*

8 *Ibid.*

itu mencakup pembatasan kehadiran perwakilan partai politik di lembaga legislatif untuk menciptakan sistem pemerintahan yang sesuai dengan konstitusi.

Sebetulnya tidak ada perbedaan mencolok di antara presidensialisme dan parlementerisme dalam kecenderungannya membangun pemerintahan berbasis koalisi besar. Namun, hubungan legislatif dan eksekutif dalam mekanisme presidensialisme bersifat lebih kompleks dan beresiko dibandingkan dengan mekanisme parlementerisme. Kondisi ini memperkuat tesis bahwa instabilitas pemerintahan akan semakin kentara apabila sistem presidensial dipadukan dengan sistem multipartai yang cenderung melahirkan pemerintahan terbelah. (*divided government*).⁹ Yaitu Presiden yang hanya mendapatkan dukungan minoritas di parlemen. Kondisi ini akan berujung pada kebuntuan hubungan antara eksekutif dan legislatif.

Pasang surut hubungan legislatif dan eksekutif adalah keniscayaan sistem demokrasi. Kebijakan publik yang diambil eksekutif memang semestinya diawasi legislatif. Namun, tingginya tarik menarik antara eksekutif dan legislatif dalam presidensialisme kompromis dapat menyebabkan pemerintahan tidak berjalan. Fenomena ini memiliki kecenderungan yang besar terjadi pada sistem multipartai karena presiden sangat sulit mendapatkan dukungan mayoritas parlemen. Selain itu, polarisasi dan fragmentasi politik di parlemen juga cukup tinggi dalam sistem multipartai.

Kombinasi antara sistem presidensial dan sistem multipartai yang dipraktekkan di Indonesia tidak mendorong terjadinya pemerintahan yang efektif dan stabil. Sekalipun sistem pemerintahan tidak memiliki korelasi langsung terhadap efektivitas pemerintahan, karena terdapat bukti kalau kedua sistem pemerintahan yaitu sistem parlementer dan sistem presidensial mampu menciptakan pemerintahan yang efektif di Negara lain, misalnya di Amerika dengan sistem presidensial dan Australia dengan sistem parlementer. Dari segi menjaga stabilitas politik dan pemerintahan, Indonesia memiliki pengalaman berharga dan mampu menjawab bahwa sistem presidensial ternyata mampu menghasilkan stabilitas politik dan pemerintahan yang lebih baik dibandingkan sistem parlemen.

Keberhasilan Amerika dengan sistem presidensial dalam menghasilkan pemerintah yang efektif adalah ditopang oleh sistem dwipartai. Sedangkan Indonesia mempraktekkan kombinasi sistem presidensial dengan sistem multipartai. Ada beberapa alasan atas kelemahan sistem presidensial yang dikombinasikan dengan sistem multipartai, antara lain:

1. Pemilihan presiden dalam parlemen diselenggarakan dalam keadaan terpisah. Sehingga kemungkinan presiden yang terpilih adalah presiden yang tidak mendapatkan dukungan mayoritas di parlemen. Dalam sistem presidensial dukungan parlemen terhadap presiden sangat berpengaruh dalam proses pembuatan undang-undang dan

9 Scott Mainwaring dan Matthew Soberg Shugart, Op.Cit., 1997.

pelaksanaan kebijakan dan program-program pemerintah. Semakin besar dukungan parlemen kepada presiden, maka implementasi publik oleh pemerintah akan semakin efektif. Sebaliknya semakin kecil dukungan parlemen, maka efektifitas pemerintah dalam mengimplementasikan kebijakan-kebijakan akan semakin berkurang.

2. Personal presiden termasuk kepribadian dan kapasitas merupakan salah satu faktor. Dalam situasi yang sulit presiden dituntut untuk melakukan lobi dan komunikasi politik yang baik untuk mendapat dukungan dari parlemen.
3. Kombinasi anantara sistem presidensial dengan sistem partai biasanya diselingi dengan koalisi partai politik dan kompromi-kompromi politik dan itu hal yang wajar dan umum terjadi. Partai-partai politik yang tergabung dalam partai koalisi cenderung mengambil keuntungan dari pemerintah jika kebijakan atau program yang diambil oleh pemerintah tidak populer partai politik cenderung melakukan oposisi.
4. Koalisi partai politik yang dibangun untuk mendukung calon presiden tidak mencerminkan dan menjamin dukungan semua anggota parlemen dari masing-masing partai politik yang ada di dalam koalisi kepada presiden. Partai politik tidak mampu melakukan kontrol terhadap para anggotanya di parlemen untuk selalu mendukung pemerintah.
5. Dalam sistem parlementer koalisi partai politik lebih bersifat permanen dan disiplin.
6. Jika koalisi parpol dalam sistem parlementer dibangun setelah pemilu, koalisi parpol dalam sistem presidensial dibangun sebelum pemilu presiden dilaksanakan. Akibatnya beberapa partai politik mendukung di dalam pencalonan akan tetapi tidak mendukung ketika calon tersebut terpilih. Hal ini disebabkan, misalnya, tidak terwakilinya partai tersebut di kabinet. Kalaupun terdapat keterwakilan partai di kabinet, parpol tersebut tidak bertanggung jawab atas kebijakan-kebijakan pemerintah. Disebabkan lemahnya penegakan etika politik politisi yang ada di eksekutif maupun parlemen.

Tidak bisa dipungkiri kabinet hasil koalisi ini sering terjadi *conflict of interest*. Jadi sistem multipartai dalam sistem presidensial memiliki peluang menciptakan peluang penyelenggaraan pemerintahan yang tidak efektif dan tidak stabil. Kekhawatiran para ilmuwan politik mancanegara tentang kerentanan kombinasi presidensial-multipartai sudah cukup terbukti selama lima tahun masa pemerintahan SBY-JK, serta tiga tahun pemerintahan SBY-Boediono. Paling tidak ada tiga fakta politik yang menjadi potret instabilitas dan kerentanan pemerintahan. Pertama, kontrol parlemen terhadap pemerintah cenderung berlebihan (*legislative heavy*), sehingga kebijakan presiden sangat sulit, membutuhkan waktu terlalu lama untuk mendapatkan dukungan politik di parlemen. Hak angket dan ancaman penarikan dukungan, misalnya, selalu menjadi alat bagi partai-partai di Dewan Perwakilan

Rakyat untuk bernegosiasi dengan presiden.

Fakta kedua, dalam proses pembentukan dan *reshuffle* kabinet, partai politik, terutama partai-partai di DPR, kerap memangkas hak prerogatif presiden dengan melakukan intervensi. Fakta ketiga, dukungan koalisi parpol pendukung pemerintah tidak efektif. Walaupun secara kuantitas persentase koalisi partai-partai pendukung pemerintahan sangat gemuk, didukung oleh 75 persen kekuatan di DPR, ia sangat rapuh dan mudah retak. Fakta ketiga, kasus Century menjadi potret paling terang tentang kerapuhan itu. Kombinasi presidensialisme dan kondisi multipartai ini semakin problematik karena karakter partai-partai dalam berkoalisi tidak berdisiplin, sangat oportunistik, dan pragmatis. Akibatnya, koalisi yang terbangun selalu rapuh dan cair karena koalisi dibangun di atas fondasi kepentingan pragmatism kekuasaan ketimbang kedekatan ideologi atau persamaan *platform*. Ketiga realitas politik ini menjadi bukti tentang kerentanan kombinasi sistem presidensial dan multipartai, sekaligus mereduksi sistem presidensial menjadi presidensialisme setengah hati.

Sistem multipartai yang secara empiris memungkinkan banyak partai di DPR itulah yang menjadi titik permasalahan problematisnya sistem presidensial pasca-amandemen UUD 1945. Oleh karenanya, sudah menjadi keniscayaan apabila penyederhanaan partai politik menjadi pilihan solutif untuk menguatkan sistem presidensial. Pilihan politik hukum penyederhanaan partai politik entah melalui *electoral threshold*, *parliamentary threshold*, konfederasi, fusi, maupun asimiliasi yang dicangkokkan dalam undang-undang pemilu tidak dalam rangka untuk menihilkan suara pemilih atau hak berserikat dan berkumpul yang dikandung dalam UUD 1945. Akan tetapi, dipahami sebagai langkah untuk mendukung efektifitas purifikasi sistem presidensial sehingga stabilitas pemerintahanpun dapat terjaga. Hal inilah yang berperan dalam mencapai tujuan bernegara termasuk mensejahterakan masyarakat.

Penyederhanaan Partai Politik

Sejak awal masa reformasi, telah disadari bahwa sistem kepartaian yang sesuai dengan kondisi Indonesia adalah sistem multipartai sederhana. Pandangan itu diwujudkan dalam bentuk peraturan yang mengarahkan penyederhanaan partai politik, baik melalui *political engeneering by legal process*, yaitu syarat pembentukan, *political engeneering by beurocratic/administrative process* melalui verifikasi administrasi dan factual, maupun *political engeneering by electrocal process* melalui ketentuan *electrocal threshold*.¹⁰ Wacana penyederhanaan partai politik sudah memasuki ranah konstitusi dengan berlakunya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 yang diatur dalam Pasal 208 tentang *parliamentary threshold* 3,5 persen yang hanya berlaku tingkat nasional, sebelum *judicial review* di Mahkamah

¹⁰ Sulastomo, *Membangun Sistem Politik Bangsa*, dalam St.Sularto (ed)., *Masyarakat Warga dan Pergulatan Demokrasi: Menyambut 70 Tahun Jacob Utama*, (Jakarta: Kompas, 2001), hlm.62.

Konstitusi berlaku secara nasional, yaitu tingkat DPR, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/ Kota.

Jumlah partai politik yang terlalu banyak merupakan salah satu faktor penyumbang tidak efektifnya sistem pemerintah di Indonesia. Banyak partai politik yang ikut terlibat dalam pemilu menyebabkan koalisi dalam mencalonkan presiden dan wakil presiden terlalu “gemuk” karena melibatkan banyak partai politik. Banyak partai politik yang terlibat dalam koalisi mengakibatkan pemerintahan tidak dapat berjalan efektif karena harus mempertimbangkan kompromi-kompromi dan kepentingan partai politik. Presiden terpilih idealnya berasal dari koalisi yang mayoritas mendukung di parlemen dan jumlah partai yang ikut berkoalisi tidak banyak, cukup dua atau tiga partai saja.

Penyederhanaan partai politik sebenarnya sudah dibangun sejak 1999 dengan mengimplementasikan ambang batas bagi partai politik untuk ikut serta dalam pemilu berikutnya (*electoral threshold*) di tahun 2004 dan di tahun 2009 ambang batas bagi partai politik untuk wakilnya di parlemen (*parliamentary threshold*) terlihat ada perubahan dan untuk pemilu 2014 dalam Pasal 208 UU No. 8 Tahun 2012 ditetapkan ambang batas berkisar 3,5 persen, dengan harapan pola penyederhanaan partai politik secara alamiah melalui syarat dan ketentuan yang konstitusional. Dengan aturan tersebut, partai politik akan bersaing secara sehat dan bagi partai politik yang tidak memenuhi syarat tersebut akan terdiskualifikasi.

Mengurangi jumlah partai dan dibarengi dengan koalisi partai yang disiplin dan mengikat, merupakan solusi yang paling memungkinkan untuk konteks politik Indonesia. Berapa jumlah partai politik yang efektif dan ideal bagi bangsa Indonesia merupakan hal yang perlu dipikirkan.

Ada beberapa mekanisme yang bisa diberlakukan untuk penyederhanaan partai politik, mekanisme yang telah di praktekkan di Indonesia. Melakukan restrukturisasi, seperti yang dilakukan Presiden Soeharto pada tahun 1974, menerapkan *electoral threshold* dan *parliamentary threshold* di parlemen, menggabungkan pelaksanaan pemilu legislatif dan pemilu presiden, mengurangi jumlah fraksi dan efektifitas koalisi agar proses-proses politik di parlemen menjadi lebih sederhana dan efisien dalam kerangka *checks and balances* yang proporsional untuk menghindari terlalu kuatnya lembaga legislatif (*legislative heavy*). Berkaitan dengan hal itu, melakukan agenda rekayasa institusional berupa penyederhanaan jumlah fraksi di parlemen melalui pengetatan persyaratan ambang batas pembentukan fraksi, regulasi koalisi permanen diarahkan ke dua blok politik (pendukung dan oposisi) dan penguatan kelembagaan dan kewenangan Dewan Perwakilan Daerah (DPD) untuk mengimbangi DPR, agar fungsi *checks and balances* tidak hanya terjadi antara presiden dan DPR, tetapi juga antara DPR dan DPD (*bicameral system*).¹¹

11 Hanta Yuda AR, *Op.cit* h. 272-273.

Penyederhanaan partai politik tidak bisa sekaligus dilakukan. Ini karena infrastruktur politik di Indonesia belum kuat. Jika penyederhanaan partai politik dilakukan secara ekstrim akan menimbulkan kegaduhan politik, dengan naiknya angka ambang batas 3,5 persen akan lebih memperkuat sistem presidensial jika diikuti dengan penyederhanaan jumlah fraksi di DPR.

Pada pemilu 2009, parpol yang mempunyai kursi di DPR hanya 9, turun dibanding pemilu 2004 yang menghasilkan 17 partai politik duduk di DPR. Dengan ambang batas yang dinaikkan menjadi 3,5 persen hampir dapat dipastikan, parpol di DPR akan lebih sedikit. Ditambah dengan aturan pada Pasal 6 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012 tentang verifikasi yang dilakukan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU). Dilansir oleh KPU, terdapat 16 partai politik yang lolos verifikasi administratif. Sebanyak 18 parpol lain diumumkan tidak memenuhi syarat. Selanjutnya menunggu verifikasi faktual oleh KPU terhadap 16 partai politik untuk senayan.

Gambaran dan kalkulasi di atas, menunjukkan sistem partai politik sedikit demi sedikit, secara lebih alamiah menuju sistem kepartaian yang lebih sederhana. Proses penyederhanaan gradual tersebut memang butuh kesabaran, memakan waktu, namun merupakan proses yang lebih demokratis, jadi hanya partai politik yang secara internal dan eksternal yang kuat dan mantaf secara lembaga bisa bertahan, bagi partai politik yang tidak memenuhi syarat yang akan di diskualifikasi. Dengan partai politik yang lebih sedikit bisa mewakili mutu partai politik yang lebih baik, sehingga lebih dipilih dan didukung oleh rakyat.

Ada tiga syarat yang harus dilakukan untuk menciptakan sistem politik di Indonesia agar dapat mencapai taraf ideal. Ketiga syarat itu, yakni berdasarkan ideologi pancasila, berwawasan nasionalisme, serta berlandaskan konstitusi. Konstitusi kita sudah menegaskan bahwa sistem pemerintahan Indonesia adalah sistem presidensial. Karena itulah, proses substansi pembahasan undang-undang bidang politik harus diarahkan dan diorientasikan untuk pemberlakuan system presidensial itu. Ketika *parliamentary threshold* sebagai katalisator dalam penyederhanaan partai politik untuk penataan sistem pemerintahan presidensial yang lebih efektif. Kita harus konsisten dalam melaksanakan dan menerapkan ambang batas 3,5 persen yang diatur dalam undang-undang.

Persoalan verifikasi parpol peserta pemilu serta pencalonan presiden oleh partai politik itulah yang segera menghangatkan dunia politik kita menjelang 2014. Peningkatan angka *parliamentary threshold* di pemilu 2014 merupakan katalisator dalam penyederhanaan partai politik di parlemen. Jika *parliamentary threshold* diterapkan secara konsisten, maka jumlah parpol akan terus berkurang secara alamiah kearah yang ideal. Karena itu, semangat untuk menaikkan *parliamentary threshold* di pemilu 2014 relevan dan rasional dalam

rangka mengukuhkan demokrasi presidensial dan mengefektifkan pemerintahan. Verifikasi administratif dan verifikasi faktual merupakan bagian dari rekayasa institusional yang konstitusional untuk mewujudkan penyederhanaan partai politik menuju sistem presidensial yang ideal.

KPU berdasar pada Peraturan KPU No. 14 Tahun 2012 telah melakukan verifikasi administratif dan berikut partai-partai politik yang telah dinyatakan lolos dalam verifikasi administratif dan tinggal menunggu verifikasi faktual partai-partai politik yang mana yang akan memeriahkan pemilu 2014,¹² sebagai berikut:

1. Partai Nasional Demokrat (Nasdem)
2. Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan (PDIP)
3. Partai Kebangkitan Bangsa (PKB)
4. Partai Bulan Bintang (PBB)
5. Partai Hati Nurani Rakyat (Hanura)
6. Partai Amanat Nasional (PAN)
7. Partai Golongan Karya (Golkar)
8. Partai Keadilan Sejahtera (PKS)
9. Partai Gerakan Indonesia Raya (Gerindra)
10. Partai Demokrasi Pembaruan (PDP)
11. Partai Keadilan dan Persatuan Indonesia (PKPI)
12. Partai Demokrat
13. Partai Persatuan Pembangunan (PPP)
14. Partai Kedaulatan Bangsa Indonesia Baru (PKBIB)
15. Partai Peduli Rakyat Nasional (PPRN)
16. Partai Persatuan Nasional (PPN)

Pembenahan Partai Politik

Agenda yang lebih penting untuk dilakukan daripada sekadar melakukan penyederhanaan partai adalah membenahi partai politik agar menjalankan fungsi-fungsinya, seperti melakukan pendidikan politik, menyerap dan menghimpun aspirasi politik masyarakat, serta melakukan rekrutmen politik. Fungsi-fungsi tersebut terdapat di dalam UU Nomor 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik, namun partai-partai masih lalai dalam menjalankan fungsi-fungsi tersebut. Selama ini justru *civil society* yang lebih banyak mengambil peran dalam menjalankan fungsi-fungsi partai, seperti menyerap aspirasi masyarakat dan melakukan pendidikan politik. Partai selama ini lebih asyik dengan urusan kekuasaan, termasuk memikirkan persiapan Pemilu 2014.

Perilaku partai yang selama ini tidak pernah menjalankan fungsinya dengan baik itulah yang seharusnya dipikirkan, bukan sekadar memikirkan bagaimana menyederhanakan

12 Lihat Pasal 15 PKPU UU No. 14 Tahun 2012 dan Lihat Pasal 17 PKPU UU No. 14 Tahun 2012

partai. Partai yang tidak menjalankan fungsinya sebagaimana yang ada di Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 dan perubahan kedua UU Partai Politik Nomor 2 Tahun 2011 mengatur pertanggungjawaban keuangan partai politik yang disertai sanksi dan denda. Soal keuangan partai juga menjadi agenda yang mendesak dalam pembenahan partai politik. Saat ini dalam UU Partai Politik Nomor 2 Tahun 2011 mengatur kewajiban bagi partai politik untuk memberikan laporan keuangan secara rutin, sehingga transparansi bisa terjadi dan rasa kepercayaan publik terhadap partai akan meningkat.

Penyederhanaan sistem kepartaian memang baik untuk dilakukan, tapi penyederhanaan yang ekstrem seperti yang diusulkan partai-partai besar justru bisa semakin mengarahkan sistem kepartaian di Indonesia ke arah sistem oligarki, karena elite politik dari empat sampai lima partai yang melewati ambang batas parlemen akan memiliki kekuasaan yang semakin besar. Dengan kekuasaan yang besar, elite akan semakin terasing dari rakyat dan kebijakan-kebijakannya akan semakin konservatif.¹³

Salah satu fungsi partai politik adalah rekrutmen politik, melalui partai politik dilakukan rekrutmen dan seleksi untuk calon-calon anggota yang akan duduk di lembaga perwakilan pusat, provinsi dan kabupaten/kota serta rekrutmen untuk bakal calon dalam Pemilihan Kepala Daerah Provinsi dan Kabupaten/Kota. Salah satu tujuan sistem kepartaian adalah untuk mengontrol pemerintahan. Hampir setiap partai politik memiliki tujuan menguasai dan dan memelihara kontrolnya atas pemerintahan. Salah satu cara yang dilakukan adalah menyeleksi pimpinan pemerintahan dan wakil di parlemen. Fungsi rekrutmen yang sesuai aturan konstitusi dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2011 sebagai peran pengendalian yang efektif dari partai politik.

Partai politik perlu melihat kembali peran dan tugas yang diamanahkan oleh Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik pada Pasal 11 ayat (1) butir e. Partai politik secara garis besar, memiliki peran dan fungsi yang dapat dibedakan menjadi 2 (dua). *Pertama*, peran dan tugas internal organisasi. Dalam hal ini organisasi partai politik memiliki peran penting dalam pembinaan, edukasi, pembekalan, kaderisasi dan melanggengkan ideologi politik yang menjadi latar belakang pendirian partai politik. *Kedua*, partai politik juga mengemban tugas yang bersifat eksternal organisasi. Di sini peran dan fungsi organisasi politik terkait dengan masyarakat luas, bangsa dan negara.

Kehadiran partai politik juga memiliki tanggung jawab konstitusional, moral, dan etika untuk membawa kondisi dan situasi masyarakat menjadi lebih baik. Partai politik sebagai suatu organisasi sangat berperan dalam mencetak pemimpin yang berkualitas dan berwawasan nasional. Pemimpin yang berkualitas ini tidak hanya berorientasi pada kepentingan partai politik yang diwakili. Ketika menjadi pemimpin nasional, ia otomatis

13 Media Indonesia, 4 Agustus 2010. Diakses 12 November 2012

menjadi pemimpin semua orang. Pemimpin ini tidak lahir dengan sendirinya. Perlu suatu proses pendidikan baik yang bersifat formal maupun yang bersifat non formal, yang mampu membentuk jiwa dan karakter pemimpin. dalam struktur dan system politik, organisasi partai politiklah yang paling bertanggung jawab untuk melahirkan pemimpin-pemimpin yang berkualitas. Untuk dapat melakukan tugas ini, dalam tubuh organisasi partai politik perlu dikembangkan sistem rekrutmen, seleksi, dan kaderisasi politik. Mendapatkan sumber daya yang baik perlu dimulai dari sistem rekrutmen.

Dengan adanya sistem ini, nantinya akan dapat diseleksi kesesuaian antara karakteristik kandidat dengan sistem nilai dan ideologi partai politiknya. Persaingan dengan partai politik lain juga terjadi untuk memperebutkan orang-orang yang terbaik dan berkualitas. Sistem kaderisasi ini sangat penting untuk transfer pengetahuan dan membahas permasalahan bangsa dan Negara. Tugas utama yang diemban oleh partai politik dalam pembenahan partai politiknya secara internal dan eksternal yang utama adalah menghasilkan calon-calon pemimpin yang berkualitas yang nantinya akan bersaing dengan partai lain melalui mekanisme pemilu. Calon pemimpin yang mampu menarik simpati dan perhatian masyarakat luas yang merupakan aset berharga partai politik. Orang-orang yang memiliki potensi dan kemampuan perlu diberdayakan.

Sistem kaderisasi perlu disertai dengan sistem transparan yang memberikan jaringan akses kepada semua kader yang memiliki potensi. Kader dan calon pemimpin harus dibiasakan dengan sistem persaingan yang sehat dan transparan, karena dengan sistem persaingan yang terbebas nepotisme inilah kaderisasi akan dapat melahirkan calon-calon pemimpin yang kualitas tinggi.¹⁴ Dalam sistem demokrasi dan persaingan multipartai di atas system presidensial seperti sekarang ini, keinginan untuk berkuasa memberikan motivasi kepada partai politik dan politisi untuk bersaing tentunya hal ini wajar. Perlu perenungan bahwa keinginan untuk berkuasa itu apakah merupakan motivator yang bersifat pragmatis ataukah merupakan proses melalui mekanisme yang konstitusional untuk mengemban amanah dari konstitusi.

Dengan diterapkannya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2012, yang dalam Pasal 8 ayat (1) dan (2) dan pada Pasal 9 ayat (1) yang memberi wewenang ke KPU untuk melakukan penelitian administrasi dan penetapan *parliamentary threshold* 3,5 persen pada Pasal 208 UU No. 8 Tahun 2012. Verifikasi administrasi dan verifikasi faktual yang dilakukan oleh KPU kepada semua partai politik yang baru dan lama, merupakan stimulus yang positif bagi pembenahan partai politik, yang selama ini lebih asyik pada urusan kekuasaan, jabatan, termasuk memikirkan memikirkan persiapan pemilu 2014.

14 Firmansyah. *Mengelola Partai Politik (Komunikasi dan Positioning Ideologi Politik di Era Demokrasi)*. 2011. Pustaka Obor Indonesia: Jakarta.

Prinsip-prinsip yang ketat yang diatur dalam konstitusi memberi kesempatan yang besar bagi semua partai politik yang akan bersaing di pemilu 2014, juga bagian dari upaya untuk melakukan penyederhanaan politik secara alamiah, ideal dan Mahkamah Konstitusi dalam setiap keputusannya, selalu menyatakan pembatasan-pembatasan melalui pembatasan parpol peserta pemilu (*electoral threshold*) dan pembatasan partai politik untuk menduduki kursi di parlemen (*parliamentary threshold*) tidaklah bertentangan dengan UUD 1945

Ketika partai politik mampu melakukan pembenahan yang sifatnya ke dalam dan ke luar maka pemilih akan mengetahui partai mana yang pantas untuk mewakili hak kedaulatannya, otomatis dalam mewujudkan penguatan system presidensial dengan system partai yang disederhanakan akan terwujud karena hanya partai yang berkualitas dari segi kelembagaan, pemaparan visi dan misi serta memiliki calon-calon yang memiliki standar kualitas yang bisa membawa amanah rakyat, bangsa Negara yang bisa bertahan. Bukan partai-partai yang lemah dari segi ideologi, pragmatis dan hanya untuk kepentingan jabatan dan kekuasaan sesaat.

PENUTUP

Kombinasi prisedinsialisme dan multipartisme di beberapa negara terbukti berpotensi menimbulkan instabilitas bagi jalannya pemerintahan. Dalam sistem multipartai yang terfragmentasi memang sulit untuk melahirkan suatu partai yang cukup kuat. Tiadanya kekuatan partai politik yang mayoritas akan menemukan kebuntuan antara legislatif dan yudikatif. Hubungan kekuasaan antara presiden dan parlemen akan mengganggu efektifitas dan stabilitas pemerintahan, yang pada akhirnya berujung pada demokrasi yang labil.

Pada periode pemerintahan SBY-JK dan SBY-Boediono terlalu sering diinterpelasi oleh DPR dan parlemen kerap menggunakan hak angketnya dan ancaman menarik dukungan, kerap dijadikan sebagai alat partai politik untuk bernegosiasi dengan presiden. Kombinasi presidensialisme dan multipartai adalah kombinasi yang menyulitkan presidensialisme di Indonesia menjadi catatan tambahan bagi pembuktian ketidakefektifan pemerintahan dalam situasi tersebut. Idealnya untuk menjaga stabilitas pemerintahan dalam struktur presidensialisme, presiden mestinya berasal dari partai yang mayoritas, yaitu partai yang didukung suara mayoritas di parlemen. Kekuatan mayoritas ini untuk menjamin stabilitas pemerintahan agar mendapat dukungan yang kuat dari parlemen untuk melancarkan kebijakan pemerintahan.

Sistem multipartai saat ini sebenarnya lebih cocok dikombinasikan dengan sistem parlementer. Namun, dalam UUD 1945 secara tegas telah mengamanatkan bahwa Indonesia menganut sistem pemerintahan Presidensial. Sistem politik dan desain institusi politik yang masih rapuh cenderung memposisikan seorang presiden secara politik pada posisi yang

belum aman dari gangguan parlemen. Apabila posisi politik presiden belum aman secara institusional, presiden cenderung lebih disibukkan urusan kompromi dan negosiasi politik untuk mengamankan posisinya.

Energi politik seorang presiden akan lebih terfokus dan terkuras untuk mengamankan kekuasaannya, ketimbang urusan kesejahteraan rakyat. Implikasinya, proporsi energi politik presiden untuk memikirkan urusan rakyat akan semakin berkrang. Dengan demikian, peluang demokrasi dapat dinikmati rakyat semakin mengecil. Sebaliknya, jika posisi presiden dihadapan parlemen dan desain institusi kepresidenan sudah kokoh tentu tetap dengan control parlemen melalui mekanisme *checks and balances*, proporsi energi politik presiden untuk memikirkan kesejahteraan rakyat jauh lebih besar.

Berangkat dari realitas presidensialisme yang dijalankan secara setengah hati di Indonesia sekalipun konstitusi UUD NRI 1945 secara purifikasi pelaksanaan sistem presidensialisme, konstitusi kita sudah mulai di desain dalam kerangka untuk menopang system pemerintahan presidensial yang stabil dan efektif. Undang-undang diharapkan mampu memperkuat prinsip presidensialisme di Indonesia. Ini bisa dilihat dalam undang-undang No 8 Tahun 2012. Ada 3 desain institusi politik yang perlu dirancang dan ditata kembali.

Pertama, desain pemilu perlu dirancang untuk mendorong penyederhanaan partai politik di parlemen sekaligus mendukung penguatan sistem presidensial. Dengan mereformasi sistem pemilu, penyederhanaan jumlah partai politik dapat ditempuh melalui agenda institusional, antara lain: Menerapkan ambang batas kursi di parlemen (*parliamentary threshold*) (Pasal 208 UU No. 8 Tahun 2012) yang menetapkan ambang batas 3,5% untuk pemilu 2014 lebih tinggi dibandingkan di pemilu 2009 yang berkisar 2,5% dan penerapan *electoral threshold*; *Kedua*, desain institusi parlemen rancangan kelembagaan parlemen diarahkan untuk menyederhanaan polarisasi kekuatan politik di parlemen, seperti pengurangan jumlah fraksi di DPR untuk menjadi lebih sederhana dan efisien dalam kerangka *checks and balances* yang proporsional untuk menghindari terlalu kuatnya lembaga legislatif (*legislative heavy*); *Ketiga*, pembenahan partai politik tidak kalah pentingnya dari penyederhanaan partai politik, komisi pemilihan umum melalui amanat undang-undang untuk melakukan verifikasi administrasi dan verifikasi faktual dari pusat sampai kabupaten/kota merupakan bagian strategi penyederhanaan partai politik untuk mendukung efektifitas jalannya pemerintahan dibawah system presidensial. Partai politik secara internal dan eksternal seharusnya melakukan pembenahan secara serius untuk menjalankan peran dan fungsinya yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 tentang Partai Politik. Misalnya, menyerap aspirasi masyarakat, melakukan pendidikan politik dan proses rekrutmen yang sehat dan transparan untuk memilih calon-calon pemimpin yang mewakili rakyat banyak, menuju Negara yang kuat, dan sejahtera.

DAFTAR PUSTAKA

- Firmanzah. 2011. *Mengelola Partai Politik (Komunikasi dan Positioning Ideologi Politik di Era Demokrasi)*. Pustaka Obor Indonesia: Jakarta.
- Hanta Yuda AR. *Presidensialisme Setengah Hati (Dari Dilema ke Kompromi)*. Gramedia Pustaka Utama: Jakarta.
- Jimly Asshiddiqie. 2011. *Memperkuat Sistem Pemerintahan Presidensial: Makalah Orasi Ilmiah pada Dies Natalis Universitas Negeri Jember ke-47*. Jember.
- Linz, Juan dan Velenzuela, Arturo. 1994. *The Failure of Presidential of Democracy: the Case of Latin America*. Johns Hopkins University.
- Mainwarring, Scott dan Shugart, Matthew Soberg. 1997. *Presidentialism dan Democracy in Latin America*. Cambridge University Press.
- Maswadi Rauf dkk. 2009. *Sistem Presidensial dan Sosok Presidensial*. Dalam Moch Nurhasim dan Ikrar Nusa Bakti (ed). Pustaka Pelajar: Yogyakarta.
- Muchamad Ali Safa'at. 2011. *Pembubaran Partai Politik (Pengaturan dan Praktik Pembubaran Partai Politik dalam Pergulatan Republik)*. PT RajaGrafindo Persada: Jakarta.

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP KONSEP PENIADAAN PIDANA DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA

Oleh:

Ahmad Rifai Rahawarin

Fakultas Hukum Universitas Yapis Papua

E-mail: fais_raha@yahoo.co.id

Abstract: *Rematerialitation law as an alternative way out is mostly done in addressing the state law known as the crisis. Resulting in a change of legal thought from formal to substantive rationality rationality in the form of criminal law reform by adding several reasons suppression of crime in the Criminal Code Bill in the form of (1) the absence of nature against the law, (2) Do not know/misguided about the state or laws, (3) good faith carrying out orders given position without authority, (4) there is no error, (5) not reached the age of 12 (twelve) years.*

Keywords: *Reflection of Law, Removal of Criminal, Criminal Law Reform*

Abstrak: *Rematerialisasi hukum sebagai sebuah alternatif jalan keluar banyak dilakukan dalam mengatasi keadaan yang dikenal dengan krisis hukum. Sehingga terjadi perubahan pemikiran hukum dari rasionalitas formal ke rasionalitas substantif dalam bentuk pembaharuan hukum pidana dengan menambah beberapa alasan peniadaan pidana dalam RUU KUHP berupa (1) tidak adanya sifat melawan hukum; (2) Tidak mengetahui/sesat mengenai keadaan atau hukumnya; (3) Dengan iktikad baik melaksanakan perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang; (4) Tidak ada kesalahan; (5) Belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun.*

Kata Kunci: *Hukum Refleksif, Peniadaan Pidana, Pembaharuan Hukum Pidana*

PENDAHULUAN

Hukum pidana menempati posisi penting dalam seluruh sistem hukum dalam suatu Negara. Meskipun masih dipertanyakan manfaatnya dalam menyusun tata masyarakat yang tertib dan damai, tetapi semakin penting dipelajari segi-seginya untuk menunjang seluruh sistem kehidupan di dalam masyarakat.¹ Sehingga sering dikatakan apabila hukum pidana itu “rusak” maka “rusaklah” semua sistem hukum yang ada.

Pentingnya hukum pidana itu juga karena hukum pidana ini menyangkut hukum yang bersifat publik. Simons berpendapat bahwa hukum pidana termasuk kedalam hukum publik karena ia mengatur hubungan antara individu dan masyarakat/negara dan dijalankan untuk kepentingan masyarakat serta hanya diterapkan jika masyarakat itu sungguh-sungguh memerlukannya.² Sedemikian pentingnya itu pula hukum pidana tidak bisa dilihat hanya

¹ Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*. Edisi Revisi, Penerbit Rineka Cipta Cetakan Kedua, Jakarta, 1994, hlm. 1.

² Andi Hamzah. *Ibid*. hlm. 7.

dalam undang-undang saja, tetapi juga ada kesepakatan dalam ilmu hukum pidana yang tidak perlu diatur dalam undang-undang pidana.

Hukum senantiasa diperbaharui guna menjawab perubahan global, perubahan nasional maupun perubahan masyarakatnya. Karena hukum pidana yang di gunakan sekarang ini masih merupakan peninggalan Belanda sebagai warisan jajahan yang di nilai sudah tidak sesuai lagi dengan rasa keadilan masyarakat sehingga perlu diadakannya pembaharuan. Namun pembaharuan tersebut harusnya berdasarkan jiwa bangsa (*volksgeist*) yang merupakan pandangan dari mazhab sejarah yang di pelopori oleh Friedrich Karl Von Savigny.³

Bentuk-bentuk hukum yang menekankan pada kekuasaannya mulai dikritisi dan diubah menjadi aturan hukum yang lebih mengakar kepada keinginan masyarakat luas, oleh Nonet dan Selznick bahwa Hukum represif sebagai tatanan hukum yang tidak menjamin keadilan substantif, memiliki potensi yang membuat otoritas penguasa semakin efektif demi mempertahankan *status quo*,⁴ sehingga bentuk hukum yang dikenal sebagai rasionalitas formal, diarahkan kepada rasionalitas substansif. Adanya upaya tersebut perlu dilakukan suatu usaha sebagai rematerialisasi hukum sehingga terus ada upaya dalam menuju suatu tatanan hukum modern.

Menurut teori hukum modern yang dikemukakan oleh Charles Samprod bahwa Hukum Modern adalah hukum yg substansinya sesuai dengan rasa keadilan masyarakat (ukuran modern atau tidak bukan siapa yang Membuat, dari negara mana tetapi yang menentukan adalah substansi) hal ini terkait dengan pandangan David Angel tentang *Law Time and Community* bahwa hukum harus selalu dikaitkan dengan waktu dan masyarakat, mungkin pada waktu tertentu serta masyarakat tertentu suatu hukum menjadi modern, begitu sebaliknya pada waktu tertentu serta masyarakat tertentu suatu hukum menjadi tidak modern.⁵

Dengan demikian maka orientasi hukum dan masyarakat harus senantiasa didengungkan agar bagian dari warisan program status *welfare-regulatory* ini akan berkembang mengacu pada solusi dalam merubah rasionalitas formal ini, sebab hukum dibentuk tidak untuk hanya kepentingan hukum itu sendiri, namun untuk kepentingan manusia dan kehidupan masyarakat.

Berhubungan dengan hal tersebut maka dalam RUU KUHP hingga tahun 2012 ini terdapat perkembangan hukum pidana terkhusus terkait dengan peniadaan pidana yang sebelumnya hanya terdapat beberapa alasan peniadaan pidana saja, hingga sekarang mengalami perubahan yang tertuang dalam RUU KUHP maupun dalam konsep pembahasan.

3 Darji Darmodiharjo dan Shidarta. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004.

4 Nonet, Philippe dan Philip Selznick, 1978. *Hukum Responsif, Pilihan di Masa Transisi*, (Terj. Rafael Edy Bosco), HuMa, Jakarta, 2003.

5 Muhadar, *Bahan Kuliah Program S3 Ilmu Hukum*, Pascasarjana, Universitas Hasanuddin, 2011.

Aturan umum Kitab Undang-undang Hukum Pidana ditentukan ada hal-hal yang menyebabkan seseorang yang telah melakukan tindak pidana tidak dapat dihukum atau lazim disebut Dasar Peniadaan Pidana (*Strafuitsluitingsgronden*) Ada yang disebut dengan alasan pembenaran, dan ada juga yang disebut dengan alasan pemaaf. Alasan pembenaran ini maksudnya adalah orang yang telah melakukan suatu tindak pidana dibenarkan oleh Hukum jadi perbuatan orang tersebut dimata hukum bukanlah suatu tindak pidana, meskipun menurut kasat mata perbuatan tersebut secara tegas adalah tindak pidana. dengan kata lain alasan pembenaran adalah alasan yang menghapuskan sifat melawan hukum daripada peristiwa yang memenuhi ketentuan pidana, sehingga perbuatan tersebut tidaklah merupakan tindak pidana.

Di samping alasan pembenaran, ditentukan juga adanya alasan pemaaf (*Schulduitsluitingsgronden*) yaitu, alasan yang menghilangkan kesalahan seorang yang seharusnya bertanggung jawab atas suatu tindak pidana, sehingga ia tidak dipidana, akan tetapi perbuatan tersebut masih merupakan *wederrechtelijk* atau perbuatan melawan hukum. Dalam KUHP dikenal pembagian antara alasan yang menyebabkan seseorang tidak dapat dihukum yang disebabkan oleh hal-hal dari dalam (diri orang itu sendiri) atau disebabkan oleh hal-hal dari luar diri sipelaku.

Dari uraian tersebut di atas, diduga ada kecenderungan terjadi rematerialisasi hukum terhadap dasar peniadaan pidana atas rasionalitas formal kepada rasionalitas substansif. sehingga perlu adanya pengkajian lebih lanjut.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Pembagian Dasar Peniadaan Pidana

Pertama, dilihat dari segi sumbernya, maka dasar peniadaan pidana dibagi atas dua kelompok, yaitu yang tercantum di dalam undang-undang dan di luar undang-undang berupa doktrin. Sedangkan yang tercantum di dalam undang-undang dapat dibagi lagi atas yang umum (terdapat di dalam ketentuari umum buku I KUHP) dan berlaku atas semua rumusan delik. Sedangkan yang khusus, tercantum di dalam pasal tertentu yang berlaku untuk rumusan-rumusan delik itu saja yaitu yang tercantum di dalam pasal-pasal terkait seperti Pasal 310 ayat (3) KUHP, Pasal 166 untuk delik dalam Pasal 164 dan 165, Pasal 221 ayat (2).

Dasar peniadaan pidana di luar undang-undang juga dapat dibagi atas umum dan khusus. Umum misalnya “tidak pidana tanpa kesalahan” dan “tidak melawan hukum secara materiil”. Sedangkan yang khusus, mengenai kewenangan-kewenangan tertentu (menjalankan pencaharian tertentu) misalnya pekerjaan dokter, olahraga seperti tinju dan lain-lain.

Alasan peniadaan pidana di luar undang-undang atau yang tidak tertulis dapat dibagi pula atas “yang merupakan dasar pembenar (tidak ada melawan hukum) dan “yang merupakan dasar pemaaf (tidak ada kesalahan). Yang tersebut pertama merupakan segi luar dari pembuat atau faktor *obyektif*, sedangkan yang tersebut kedua, merupakan segi dalam dari pembuat atau faktor *subyektif*.

Menurut Moeljatno,⁶ bahwa alasan-alasan yang menghapuskan pidana dibedakan menjadi: (1) Alasan pembenar: yaitu alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, sehingga apa yang dilakukan oleh terdakwa lalu menjadi perbuatan yang patut dan benar; (2) Alasan pemaaf : yaitu alasan yang menghapuskan kesalahan terdakwa. Perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa tetap bersifat melawan hukum jadi tetap merupakan perbuatan pidana, tetapi dia tidak dipidana, karena tidak ada kesalahan; (3) Alasan penghapusan penuntutan : disini soalnya bukan ada alasan pembenar maupun alasan pemaaf, jadi tidak ada pikiran mengenai sifatnya perbuatan maupun sifatnya orang yang melakukan perbuatan, tetapi pemerintah menganggap bahwa atas dasar utilitas atau kemanfaatannya kepada masyarakat, sebaiknya tidak diadakan penuntutan. Yang menjadi pertimbangan disini ialah kepentingan umum. Kalau perkaranya tidak dituntut, tentunya yang melakukan perbuatan tak dapat dijatuhi pidana. Contoh: Pasal 53, kalau terdakwa dengan suka rela mengurungkan niatnya percobaan untuk melakukan suatu kejahatan.

Krisis Rasionalitas Formal Atas Peniadaan Pidana

Menurut Gunther Teubner,⁷ bahwa hukum modern memperlihatkan dominasi negara sebagai pengaruh di satu sisi dan meningkatkan kesejahteraan rakyat di sisi yang lain, menyebabkan lahirnya konsep negara kesejahteraan (*welfare state*) dan negara pengaturan (*regulatory state*). Akan tetapi, salah satu persoalan yang dialami hukum modern dewasa ini adalah adanya krisis rasionalitas formal. Oleh karena itu, perlu dilakukan rematerilisasi hukum.

Timbulnya rematerilisasi hukum karena adanya krisis rasionalitas formal pada hukum modern. Krisis rasionalitas formal dalam KUHP adalah bahwa hukum tidak dapat menyesuaikan diri pada perubahan masyarakat yang mengalami pergeseran paradigma dalam menyelesaikan berbagai macam persoalan yang berkaitan dengan tindak pidana dan kejahatan dalam masyarakat. Sehingga di beberapa negara kemudian merubah tujuan pembedanaannya.

Alasan peniadaan pidana dalam KUHP sekarang ini dianggap masih kurang memberi rasa keadilan kepada masyarakat. Karena ada perubahan paradigma masyarakat terkait proses penyelesaian suatu tindak pidana yang terjadi, pergeseran tersebut sangat erat kaitannya

6 Moeljatno. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta: PT Rineka Cipta. 2000. hlm 23

7 Tuebner, Gunther, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, Law & Society Review, Vol. 17, No. 2. 1983. Hlm. 265

dengan adanya proses peradilan pidana yang berbelit-belit oleh aparat penegak hukum, biaya penyelesaian perkara yang begitu besar baik secara legal maupun illegal, serta waktu penyelesaian yang sangat lama. Sehingga salah satu cara yang dilakukan oleh masyarakat adalah dengan proses perdamaian yang sesungguhnya tidak dikenal dalam KUHAP, padahal para pihak sudah mendapatkan keadilan melalui proses perdamaian tersebut.

Proses tersebut haruslah ada dasar hukum pengaturannya di dalam hukum materielnya, dimana dimasukan sebagai salah satu alasan peniadaan pidana. Sedangkan di dalam KUHP saat ini, hanya yang dikatakan sebab-sebab seseorang tidak dapat dihukum (*Strafuitsluitingsgronden*) antara lain adalah:

Pertama adalah *Ontoerekeningsvatbaarheid* (Pasal 44) yang menyatakan, “Tidak dapat dipidana barang siapa melakukan perbuatan oleh karena jiwa dari si pembuat itu tidak tumbuh dengan sempurna atau diganggu oleh penyakit sehingga si pembuat tidak dapat dipertanggungjawabkan.”

Syarat-syarat yang termasuk dalam ketentuan Pasal 44 yaitu, (1) Mempunyai jiwa yang tidak tumbuh dengan sempurna atau jiwa sipembuat diganggu oleh penyakit, maksudnya disini adalah berhubung dengan keadaan daya berpikir tersebut dari pelaku, pembuat materil tidak dapat dicela sedemikian rupa sehingga tidak dikenai hukuman. Dalam hal ini diperlukan orang-orang ahli seperti dokter spesialis dan seorang psikiater; (2) Tingkat dari penyakit itu harus sedemikian rupa sehingga perbuatannya tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya. Namun untuk mencari ketentuan yang menyatakan bagaimana/kapan seseorang itu dianggap tidak mempunyai jiwa yang sehat, dapat dilihat pada *Memorie van Toelichting (M.v.T)*. Di mana ditentukan bahwa seseorang tidak dapat dipertanggungjawabkan terhadap perbuatannya bila: (a) Keadaan jiwa orang itu sedemikian rupa sehingga tidak dapat mengerti akan harga dan nilai dari perbuatannya; (b) orang tersebut tidak dapat menentukan kehendaknya terhadap perbuatan yang ia lakukan; (c) orang tersebut tidak dapat menginsyafi bahwa perbuatannya adalah terlarang.

Maka dari itu, orang yang termasuk dalam kategori Pasal 44 menurut ketentuan hukum pidana tidak dapat dihukum, namun perbuatan orang tersebut tetaplah merupakan perbuatan yang bertentangan dengan hukum (*wederrechtelijk*), akan tetapi terhadap pelaku diberikan alasan pemaaf oleh undang-undang.

Kedua adalah *Overmacht* (Pasal 48) sebagaimana disebutkan bahwa, “Barangsiapa melakukan perbuatan karena pengaruh daya paksa tidak dipidana.” Kata daya paksa adalah terjemahan dari kata belanda “*overmacht*”, yang artinya kekuatan atau daya yang lebih besar. Permasalahannya apakah yang memaksa itu merupakan paksaan fisik, terhadap mana orang yang terkena tak dapat menghindarkan diri, atau merupakan paksaan *psychis*, dalam batin, terhadap mana meskipun secara pisik orang masih dapat menghindarkannya, namun

daya itu adalah demikian besarnya. Sehingga dapat dimengerti kalau tidak kuat menahan daya tersebut. Kekuatan pisik yang mutlak yang tak dapat dihindari dinamakan *vis absoluta*, sedangkan kekuatan *psychis* dinamakan *vis compulsive*, karena sekalipun tidak memaksa secara mutlak, tetapi memaksa juga.

Menurut M.v.T, Paksaan itu adalah, setiap kekuatan setiap paksaan atau tekanan yang sedemikian rupa sehingga tidak dapat dielakkan. *Overmacht* dapat dibagi menjadi: (1) *Overmacht* yang bersifat Mutlak/Absolut, yaitu dalam hal ini seseorang tidak mungkin berbuat lain; (2) *Overmacht* yang bersifat Relatif/ nisbi, yaitu dalam overmach ini pada dasarnya orang masih dapat memilih apakah berbuat atau tidak, akan tetapi menurut perhitungan yang layak tidak mungkin dapat dielakkan; (3) *Overmacht* dalam arti *noodtoestand* atau keadaan darurat Yang dimaksud dengan *noodtoestand* adalah, keadaan dimana suatu kepentingan hukum dalam bahaya dan untuk menghindarkan bahaya itu, terpaksa dilanggar kepentingan hukum yang lain. Di mana *Noodtoestan* terjadi karena: (a) Adanya pertentangan antara dua kepentingan hukum; (b) Adanya pertentangan antara kepentingan dan kewajiban hukum; (c) Adanya pertentangan antara kewajiban hukum dengan kewajiban hukum.

Ketiga, adalah *Noodweer* (Pasal 49) yang berbunyi, “Barang siapa terpaksa melakukan perbuatan untuk pembelaan, karena ada serangan ketika itu yang melawan hukum, terhadap diri sendiri maupun orang lain, terhadap kehormatan, kesusilaan, atau harta benda sendiri atau orang lain, tidak dipidana.”

Noodweer dapat diartikan sebagai pembelaan darurat, dan agar suatu perbuatan itu dapat dikatakan pembelaan darurat harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut: (1) Perbuatan yang dilakukan itu harus terpaksa untuk mempertahankan (membela); (2) Pembelaan atau pertahanan itu harus dilakukan hanya terhadap kepentingan-kepentingan yang disebut dalam pasal tersebut; (3) harus ada serangan yang melawan hak dan mengancam seketika itu juga.

Noodweer di dalam Pasal 49 ayat (1) adalah pembelaan terpaksa dari serangan atau ancaman yang melawan hukum, yang dilakukan untuk diri sendiri atau orang lain, kehormatan kesusilaan atau harta benda sendiri maupun orang lain, sedangkan *Noodweer* dalam Pasal 49 ayat (2) adalah Pembelaan terpaksa yang melampaui batas dikarenakan kegoncangan jiwa yang hebat (*noodweer exces*).

Jadi, saat di mana orang sudah boleh mengadakan pembelaan bukan kalau sudah dimulai dengan adanya serangan, tapi baru ada ancaman akan adanya serangan saja sudah boleh. Hal tersebut disebabkan atas pertimbangan bahwa dalam negara yang begitu luas dengan alat-alat Negara yang terbatas pemerintah harus lebih memberi kebebasan kepada penduduk untuk menjaga keselamatannya masing-masing. Kepentingan yang dibolehkan untuk melakukan pembelaan disaat terjadi serangan baik kepunyaan diri sendiri maupun

kepunyaan orang lain yaitu: (a) Diri atau badan orang; (b) Kehormatan, kesusilaan; (c) Harta benda orang.

Keempat, adalah *Wettelijk Voorschrift* (Pasal 50) yang berbunyi “Barang siapa melakukan perbuatan untuk menjalankan peraturan undang-undang, tidak boleh dihukum.” *Wettelijk Voorschrift* adalah menjalankan perintah undang-undang. Apa yang diperintahkan oleh suatu undang-undang atau wewenang yang diberikan oleh sesuatu undang-undang untuk melakukan sesuatu hal tidak dapat dianggap tindak pidana. Misalnya regu penembak yang menjalankan tugas menembak mati terpidana yang divonis hukuman mati

Kelima, adalah *Ambtelijke Bevel* (pasal 51) yang berbunyi “Barang siapa melakukan perbuatan untuk menjalankan perintah jabatan yang diberikan oleh kuasa yang berhak untuk itu, tidak boleh dihukum”. *Ambtelijke Bevel* atau perintah jabatan secara harafiah adalah suatu perintah yang telah diberikan oleh seorang atasan.

Adapun syarat-syarat yang ditentukan dalam pasal ini adalah: (1) Orang itu melakukan perbuatan atas perintah jabatan; (2) Perintah harus diberikan oleh kuasa yang diberikan oleh kuasa yang berhak untuk memberikan kuasa itu. Misalnya, Seorang polisi diperintahkan oleh atasannya untuk menangkap seorang penjahat. Jadi apabila ternyata orang tersebut bukanlah penjahatnya, maka terhadap si polisi tidak dapat dihukum.

Keenam, adalah tidak memberitahukan/melaporkan adanya permufakatan untuk melakukan kejahatan dan kejahatan yang sudah dilakukan oleh orang yg ada hubungan kekeluargaan maupun terhadap dirinya sendiri (Pasal 166);

Bunyi Pasal 166 adalah “Ketentuan dalam Pasal 164 dan 165 tidak berlaku bagi orang yang dengan memberitahukan itu mungkin mendatangkan bahaya penuntutan pidana bagi diri sendiri, bagi seorang keluarganya sedarah atau semenda dalam garis lurus atau garis menyimpang derajat kedua atau ketiga, bagi suami atau bekas suaminya, atau bagi orang lain yang jika dituntut, berhubungan dengan jabatan atau pencariannya, dimungkinkan pembebasan menjadi saksi terhadap orang tersebut.”

Ketujuh, adalah menyembunyikan keluarganya yang melakukan kejahatan atau yang dituntut karena kejahatan, atau memberi pertolongan kepadanya (Pasal 221 ayat 2) yang berbunyi “Aturan di atas (Pasal 221 ayat 1) tidak berlaku bagi orang yang melakukan perbuatan tersebut dengan maksud untuk menghindarkan atau menghalaukan bahaya penuntutan terhadap seorang keluarga sedarah atau semenda garis lurus atau dalam garis menyimpang derajat kedua atau ketiga, atau terhadap suami/istrinya atau bekas suami/istrinya.”

Kedelapan, adalah Pencemaran atau pencemaran tertulis, yang dilakukan demi kepentingan umum atau karena terpaksa untuk membela diri (Pasal 310 ayat 3) yang menyatakan, “Tidak merupakan pencemaran atau pencemaran tertulis, jika perbuatan jelas

dilakukan demi kepentingan umum atau karena terpaksa untuk membela diri.”

Sedangkan dasar peniadaan pidana di luar KUHP dan merupakan hukum tertulis menurut van Bemmelen sebagaimana yang dikutip oleh Andi Zainal Abidin Farid,⁸ ialah sebagai berikut: (1) Hak mendidik orang tua dan wali terhadap anaknya, hak mendidik guru, dosen (dan guru mengaji) terhadap murid atau siswanya; (2) Hak jabatan atau pekerjaan (*beroeprecht*) dokter, apoteker, *verloskundigen* (bidan-bidan), dan peneliti ilmu-ilmu alam, umpunya *vivisectie*; (3) Izin mereka yang kepentingannya dilanggar, kepada orang yang melanggar kepentingannya itu, yang perbuatannya merupakan delik seandainya tidak ada izin tersebut; (4) *Zakwarneming* (perbuatan yang menimbulkan hak yang dilakukan secara sukarela tanpa diminta oleh orang lain. Contoh dokter mengobati pasien tanpa menunggu keluarganya. Menurut Pasal 1354 s/d 1358 BW/KUHPerdata; (5) Tak adanya sifat melawan hukum yang materiil; (6) Tak adanya kesalahan.

Ketentuan yang telah diatur didalam KUHP tersebut hanya terbatas dan dibatasi dengan adanya asas legalitas sehingga proses perdamaian atau populer dengan konsep *restorative justice* yang mengutamakan pemulihan korban maupun mensejajarkan korban sebagai pihak yang dapat menentukan tindakan terhadap pelaku tidak dapat dilakukan. Kerana tidak ada kepastian hukum sebagai suatu konsekuensi belum diaturnya konsep *restorative justice* dalam hukum materiil.

Harusnya antara norma yang terdapat dalam perundang-undangan sebagai suatu kepastian hukum selaras dengan keadilan yang hidup dalam masyarakat dan manfaat yang diperoleh dalam kehidupan sosial kemasyarakatan.

Rematerialisasi Hukum Atas Peniadaan Pidana

Perubahan pemikiran hukum dari rasionalitas formal ke rasionalitas substantif digunakan sebagai instrumen untuk melakukan perubahan yg berorientasi pada suatu tujuan atau sasaran, yang lebih umum dan terbuka serta lebih terinci. Pendekatan teori *neo-evolusioner* menjelaskan perubahan-perubahan yang terjadi pada tatanan hukum dan masyarakat dalam suatu negara yang oleh Teubner menggunakan mengarahkan kepada satu perspektif proses perubahan hukum dan sosial dengan hukum refleksif.

Hukum pidana yang dimiliki sekarang ini, sebagian sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat dalam pembangunan nasional maupun perkembangan global dalam mengatasi berbagai permasalahan hukum pidana dewasa ini, sehingga upaya untuk melakukan pembaharuan hukum pidana nasional terus dilakukan pengkajian dan pembahasan guna dapat dijadikan referensi dalam pembahasan di DPR RI yang sudah masuk pada rancangan undang-undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Rancangan KUHP baru ini diharapkan dapat sesuai dengan rasa keadilan masyarakat dan adanya manfaat bagi umat

8 Andi Zainal Abidin Farid, *Op.cit.* hlm. 202-203

manusia sebagai ciri hukum modern.

Achmad Ali,⁹ mengemukakan bahwa tujuan hukum ada 3 (tiga), yaitu: (1) Dari sudut pandang ilmu hukum positif normatif atau yuridis dogmatik, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kepastian hukumnya; (2) Dari sudut pandang filsafat hukum, tujuan hukum dititikberatkan pada segi keadilan; (3) Dari sudut pandang sosiologi hukum, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kemanfaatan.

Satjipto Rahardjo,¹⁰ menyatakan bahwa tiga nilai dasar hukum yaitu keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Ketiga nilai dasar tersebut secara ideal harus dimiliki oleh suatu aturan hukum. Sekalipun ketiga-tiganya itu merupakan nilai dasar hukum, namun antara mereka terdapat suatu *spannungs-verhaitnis*, suatu ketegangan satu sama lain. Hubungan atau keadaan yang demikian itu bisa dimengerti, oleh karena ketiga-tiganya berisi tuntutan yang berlain-lainan dan yang satu sama lain mengandung potensi untuk bertentangan.

Pendapat Satjipto Rahardjo inilah menjadi dasar kritikan bahwa suatu tujuan tidak bisa berlainan atau berbeda-beda karna tidak akan pernah sampai pada tujuan yang hendak dicapai. Atau tujuan itu lebih dari satu maka pasti ketiganya akan sulit untuk dicapai sekaligus, pasti salah satu atau keduanya tidak dapat tercapai, oleh sebab itu harusnya tujuan hukum hanya satu untuk merangkum ketiga tujuan tersebut. Tujuan hukum dimaksud adalah bahwa hukum ada dan dibuat ada sesungguhnya hanya untuk mewujudkan keseimbangan. sedangkan untuk mewujudkan keseimbangan harus dengan terwujudnya keadilan, kepastian dan pemanfaatan sebagai tujuan antara dari hukum. Ketiga tujuan antara tersebut saling menstabilisasi bagian hukum ketika bagian hukum lain diwujudkan.

Penciptaan alam ini di atas dasar keseimbangan. Para ahli ilmu pengetahuan sepakat tentang hakekat keseimbangan ini. seandainya jarak antara matahari dan bumi bergeser, dan keluar dari orbit keseimbangannya, niscaya akan terjadi bencana kosmik yang luar biasa. Di dalam tubuh manusia, hakikat keseimbangan dapat dirasakan, jika suatu saat metabolisme dalam tubuh tidak berfungsi secara seimbang, dan penyebaran darah hanya berjalan pada bagian-bagian tertentu saja, pasti di bagian yang tak kebagian darah itu akan terjadi kemacetan. Akibatnya tidak bisa lagi menikmati tubuh secara normal.

Demikian halnya dengan hukum, dalam sistem hukum, hakikat keseimbangan dapat diwujudkan, karena apabila unsur dalam hukum tidak berfungsi secara seimbang, dan penegakan hukum hanya diberlakukan pada bagian-bagian tertentu saja, pasti di bagian yang tidak ditegakan hukum itu akan terjadi kemacetan/ketidakseimbangan. Akibatnya masyarakat tidak bisa lagi menikmati keadilan, kepastian dan pemanfaatan atas hukum. Oleh

9 Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Jakarta: Toko Gunung Agung, 2002. hlm. 72

10 Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1991. hlm. 19

sebab itu perwujudan atas hakikat keseimbangan yang diberikan sebagai pilihan kepada umat manusia adalah diberikan kehendak bebas untuk manusia dalam memaksimalkan potensi yang ada pada dirinya berupa kendak berbuat baik dan berbuat buruk, kedua kehendak tersebut terafiliasi dalam wujud kebaikan dan kejahatan. Karena kehendak tersebut adalah pilihan bebas manusia, maka perlu adanya hukum untuk memberikan batasan kepada manusia untuk tidak berbuat jahat dan memberi stimulus kepada manusia untuk selalu berbuat baik. Batasan dan stimulus tersebut dapat berupa sanksi/hukuman dan hadiah/penghargaan. sanksi/hukuman diberikan kepada manusia yang melanggar ketentuan-ketentuan hukum dan hadiah/penghargaan diberikan kepada manusia yang menaati ketentuan-ketentuan hukum.

Maha pencipta menghendaki suatu kebaikan kepada umat manusia yang tertuang dalam wahyunya, terkadang disebutkan secara abstrak, terkadang samar, terkadang konkrit, dan terkadang disuruh untuk berfikir sendiri untuk kebaikannya. Sehingga disinilah hukum hadir untuk memperjelas semua kehendak tersebut. Oleh Gunther Teubner dikatakan bahwa hukum dalam masyarakat harus di pahami dari “*dimention of modern legal rationality*”. Terkait dengan itu, ia membuat tiga parameter, yaitu *justification of law* (rasionalitas hukum), *exsternal function of law* (rasionalitas sistem), dan *internal structures of law* (rasionalitas internal).¹¹

Dari rasionalitas hukum modern ini, hukum harus memperhatikan masyarakat dengan segala aspeknya. Perubahan hukum tidak saja memperhatikan aspek atau dinamika internal dari hukum, tapi juga pula mempertimbangkan dinamika eksternal. Perubahan hukum tanpa memperhatikan dinamika eksternalnya, seperti *a law with aut society* (hukum tanpa masyarakat).¹²

Pandangan Teubner tersebut senada dengan yang diungkapkan oleh Eugen Ehrlich, pelopor aliran *sociological jurisprudence*, sebagaimana dikutip dalam Yesmil Anwar dan Adang,¹³ bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Sedangkan menurut Ahmad Ali,¹⁴ *the living law* adalah hukum yang hidup dan sedang aktual dalam suatu masyarakat, sehingga tidak membutuhkan upaya reaktualisasi lagi. “*The living law*” bukan suatu yang statis, tetapi terus berubah dari waktu ke waktu. Olehnya itu, ia merupakan hukum yang hidup di dalam masyarakat, bisa tidak tertulis, bisa juga tertulis. Demikian pula. “*the living law*” bisa berwujud hukum adat (yang tidak tertulis), bisa juga hukum kebiasaan moderen (yang tidak tertulis) yang berasal dari barat maupun hukum islam di bidang-bidang hukum tertentu.

11 Gunther Teubner, *Op.cit.* hlm. 257

12 *Ibid.*

13 Yesmil Anwar dan Adang. *Pembaharuan Hukum Pidana - Reformasi Hukum Pidana*, Jakarta: PT. Gramedia Widiasarana Indonesia, 2008. hlm. xii

14 Achmad Ali. *Op.cit.* hlm. 216

Salah satu konsep pertanggungjawaban pidana dalam Fiqh Jinayah yang bisa diadopsi KUHP adalah lembaga pemaafan. Seorang terdakwa bisa saja terbebas dari sanksi pidana jika ia dimaafkan oleh korban atau keluarga korban. Di dalam draf revisi KUHP mulai memasukkan konsep tersebut walaupun tidak mirip, konsep dimaksud yaitu asas *judicial pardon* atau *rechterlijk pardon* (hakim memberi maaf/pengampunan) tanpa menjatuhkan pidana/tindakan apapun kepada terdakwa, sekalipun telah terbukti adanya tindak pidana dan kesalahan (Pasal 52 ayat 2 RUU KUHP).

Dengan demikian dalam RUU KUHP memungkinkan seorang terdakwa mendapat ampunan dari majelis hakim. Namun, kewenangan hakim untuk memberi maaf diimbangi dengan asas *culpa in causa* yaitu pertanggungjawaban pidana tidak hapus oleh sifat darurat keadaan, dimana suatu perbuatan dilakukan dimana pembuat sendiri dapat dicelakan karena menimbulkan keadaan tertentu. Asas tersebut yang memberi kewenangan hakim untuk tetap mengganjar terdakwa walaupun ada alasan peniadaan pidana.

Hal lain dari Fiqh Jinayah yang bisa diadopsi ke dalam RUU KUHP adalah konsep diyat. Ini berbeda dengan konsep denda dalam hukum pidana. Diyat adalah pembayaran dalam jumlah tertentu yang harus diberikan terdakwa kepada korban atau keluarganya. Sedangkan denda harus diberikan kepada negara. Dari beberapa segi, konsep diyat ini dinilai lebih cocok untuk memulihkan hak-hak korban tindak pidana. Kalau yang dirugikan adalah korban, kenapa justru negara yang menerima denda dari terdakwa. Konsep diyat dalam hukum islam tersebut sesungguhnya merupakan kata lain dari konsep *restorative justice* atau keadilan restoratif yang lagi menjadi konsep dalam proses pemidanaan dalam perkembangan hukum pidana.

Restorative justice, menurut Tony F. Marshall,¹⁵ adalah:

“Restorative Justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future.”

(Keadilan restoratif adalah suatu proses dimana pihak-pihak yang berkepentingan dalam suatu pelanggaran tertentu menyelesaikan secara kolektif bagaimana menangani akibat dari pelanggaran dan implikasinya untuk masa depan).

Adapun definisi *Restorative Justice* menurut *Restorative Justice Consortium* 2006,¹⁶ ialah:

“Restorative justice works to resolve conflict and repair harm. it encourages those who have caused harm to acknowledge the impact of what have done and gives them an opportunity to make reparation. it offers those who have suffered harm the opportunity to have their harm or loss acknowledged and amends made.”

15 Tony F Marshall, *Retorative Justice an Overview*. London: Home Office, Information & Publications Group, 1999. hlm. 97.

16 Mariam Liebmann, *Restorative Justice : How it Works*, Jessica Kingsley Publishers, London, 2007. hlm. 25

(Keadilan restoratif bekerja untuk menyelesaikan konflik dan memperbaiki kesalahan, mendorong mereka yang telah menyebabkan kerugian untuk mengakui dampak dari apa yang telah dilakukan dan memberikan mereka kesempatan untuk membuat perbaikan, menawarkan mereka yang telah menderita kerugian memiliki kesempatan untuk diganti kerugian mereka atau diakui kerugiannya dan menebus kesalahan yang dibuat).

Selain itu, Howard Zehr,¹⁷ dalam bukunya *the little book of Restorative Justice*” memberikan definisi tentang *Restorative justice* yaitu, *Restorative justice is a process to involve to the extent possible, those who have a stake in a specific offence and to collectively identify and address harms, needs, and obligations, in order to heal and put things as right as possible.*

E. Luna¹⁸ menunjukkan terdapat 3 (tiga) prinsip yang dapat disatukan dalam pendekatan keadilan restoratif. Ketiga prinsip tersebut meliputi: (1) Tindak pidana tidak hanya menyebabkan kerugian/luka kepada negara, tetapi juga korban, pelaku, dan komunitas. Oleh karena itu, pelaku terutama telah merusak hubungan antar manusia dan kedua telah melakukan pelanggaran hukum; (2) Korban, pelaku, komunitas, dan pemerintah harus bersikap aktif terlibat dalam proses peradilan pidana dari titik yang paling awal hingga titik yang paling maksimal; (3) Pemerintah bertanggung jawab untuk memelihara tata tertib dan komunitas (masyarakat) bertanggung jawab membangun perdamaian untuk memajukan keadilan.

Konsep keadilan restoratif tersebut sesungguhnya telah berlaku dalam masyarakat hukum adat di Indonesia, di mana semua pihak baik pelaku dan keluarga pelaku bersama korban dan keluarga korban yang difasilitasi oleh pimpinan adat sekaligus sebagai hakim adat dalam musyawarah untuk menyelesaikan perkara pidana adat yang telah terjadi dengan sistem musyawarah untuk mufakat guna menyelesaikan perkara tersebut. Kondisi demikian dibolehkan oleh aparat penegak hukum yaitu kepolisian dalam menyelesaikan setiap perkara pidana dengan mengupayakan adanya penyelesaian perdamaian secara kekeluargaan, yang hasilnya menjadi menjadi dasar meniadakan pidana oleh kepolisian.

Konsep-konsep yang ada didalam masyarakat bersama hukumnya tersebut dapat menjadi bahan dasar dalam melakukan rematerialisasi hukum. Sehingga di dalam Rancangan KUHP, alasan-alasan yang dapat meniadakan pidana mengalami perkembangan yang sangat signifikan sesuai dengan perkembangan masyarakat modern walaupun hingga rancangan RUU KUHP hingga saat ini belum dapat mengadopsi sepenuhnya hukum yang hidup dalam masyarakat.

17 Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books Intercourse, United State Of America, 2002. hlm. 37

18 E. Luna, *Reason and Emotion in Restorative Justice*. Paper provided to author, 2001. hlm 12

Alasan-alasan peniadaan pidana menurut Rancangan KUHP itu adalah: (1) Alasan pembena berupa (a) Melaksanakan aturan perundang-undangan (Pasal 31); (b) Melaksanakan perintah jabatan (Pasal 32); (c) Keadaan darurat (Pasal 33); (d) Pembelaan terpaksa (Pasal 34); (e) Tidak adanya sifat melawan hukum (Pasal 35); (2) Asas Culpabilitas (asas kesalahan) disebutkan dalam Rancangan KUHP, yaitu “tiada pidana atau tindakan tanpa kesalahan” yang dalam KUHP (*WvS*) tidak disebutkan. Ini berarti tidak adanya kesalahan seseorang dapat menghapuskan pidananya (kecuali nanti berlaku pertanggungjawaban yang ketat atau *strict liability/liability without fault* (pertanggungjawaban pidana tanpa kesalahan). (Pasal 37); (3) Menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa, atau retardasi mental (Pasal 40); (4) Alasan pemaaf berupa (a) Tidak mengetahui/sesat mengenai keadaan atau hukumnya (*error facti* dan *error iuris*) kecuali kesesatannya itu patut dipersalahkan. (Pasal 42); (b) Daya paksa (Pasal 43); (c) Pembelaan terpaksa yang melampaui batas (Pasal 44); (d) Dengan iktikad baik melaksanakan perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang (Pasal 45); (e) Tidak ada kesalahan (Pasal 46a); (f) Menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental (Pasal 46b); (g) Belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun (Pasal 46c)

Perubahan orientasi dari pemerintah yang terbentuk dalam rasional formal menuju pada penguatan sub-sub sistem yang ada pada masyarakat (*substantive Rationality*) memang disadari harus dilakukan melalui rematerialisasi hukum (*rematerialization of law*) sebagai sebuah alternatif jalan keluar yang banyak dilakukan dalam mengatasi keadaan yang dikenal dengan Krisis Hukum (Gunther Tuebner, 1983:239)

Alasan peniadaan pidana yang baru dimasukan dalam RUU KUHP adalah (1) tidak adanya sifat melawan hukum; (2) Tidak mengetahui/sesat mengenai keadaan atau hukumnya; (3) Dengan iktikad baik melaksanakan perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang; (4) Tidak ada kesalahan; (5) Belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun. Inilah yang dikatakan oleh Teubner dalam konsep hukum refleksif bahwa, *legal development is not identified exclusively with the unfolding of norms, principles, and basic concept of law. Rather, it is determined by the dynamic interplay of social forces, institutional constraints, organizational structures, and-last but not least-conceptual potensials.*¹⁹

PENUTUP

Kesimpulan

Terjadi perubahan pemikiran hukum dari rasionalitas formal ke rasionalitas substantif dalam bentuk pembaharuan hukum pidana. Dengan menambah beberapa alasan peniadaan pidana dalam RUU KUHP. Berupa (1) tidak adanya sifat melawan hukum; (2) Tidak mengetahui/sesat mengenai keadaan atau hukumnya; (3) Dengan iktikad baik melaksanakan

19 Gunther Tuebner, *Op.cit.* hlm 247

perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang; (4) Tidak ada kesalahan; (5) Belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun.

Bahwa peniadaan pidana akan selalu berkaitan dengan dasar pembenar dan dasar pemaaf, sebab apabila dasar pembenar itu ada, atau perbuatan itu tidak melawan hukum, sedangkan “melawan hukum” itu merupakan bagian inti (*bestanddeel*) delik, maka putusannya ialah bebas, sedangkan kalau kesalahan tidak ada atau dasar pemaaf ada, maka putusannya ialah lepas dari segala tuntutan hukum.

Saran

Dalam rangka rematerilisasi hukum pidana maka perlu disarankan untuk dimasukan kedalam RUU KUHP adalah konsep pertanggungjawaban pidana dalam Fiqh Jinayah adalah lembaga pemaafan yang mirip dengan asas *judicial pardon* atau *rechterlijk pardon*, serta konsep diyat yaitu pembayaran dalam jumlah tertentu yang harus diberikan terdakwa kepada korban atau keluarganya yang sangat mirip dengan konsep restorative justice yang dapat dimasukan sebagai bagian dalam alasan peniadaan pidana.

DAFTAR PUSTAKA

- Achmad Ali, 2002. *Menguak Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Jakarta: Toko Gunung Agung.
- Andi Hamzah, 1994. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Edisi Revisi. Jakarta: Penerbit Rineka Cipta.
- Darmodiharjo Darji dan Shidarta, 2004. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- E. Luna, 2001. *Reason and Emotion in Restorative Justice*. Paper Provided to Author.
- Howard Zehr, 2002. *The Little Book of Restorative Justice*. United State of America: Good Books Intercourse.
- Mariam Liebmann, 2007. *Restorative Justice: How it Works*, London: Jessica Kingsley Publishers.
- Moeljatno, 2000. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta: PT Rineka Cipta.
- Muhadar, 2011. *Bahan Kuliah Program S3 Ilmu Hukum*, Pascasarjana, Universitas Hasanuddin.
- Nonet, Philippe dan Philip Selznick, 1978. *Hukum Responsif Pilihan di Masa Transisi*, (Terj. Rafael Edy Bosco), 2003. Jakarta: HuMa.
- Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana 2012
- Satjipto Rahardjo, 1991. *Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.

- Tony F Marshall, 1999. *Retorative Justice an Overview*. London: Home Office, Information & Publications Group.
- Tuebner, Gunther, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, Law & Society Review, Vol. 17, No. 2. 1983
- Yesmil Anwar dan Adang, 2008. *Pembaharuan Hukum Pidana-Reformasi Hukum Pidana*. Jakarta: PT. Gramedia Widiasarana Indonesia.

PENERAPAN PRINSIP *LEX MERCATORIA* SEBAGAI SALAH SATU SUMBER HUKUM ARBITRASE INTERNASIONAL

Oleh:

Andi Bau Mallarangeng

Sekolah Tinggi Ilmu Hukum Maddukelleng Wajo

E-mail: nurjennymumtaz@yahoo.co.id

Abstract: *This Lex Mercatoria is used by perpetrator of business and lawyer in compiling contract, arbiter, or judge in conducting solution of business dispute. Lex Mercatoria can be categorized as international agreement in scope treaty Contract. This Matter because of Lex Mercatoria represents principle from agreement contract from all agreement maker specially in international civil law. Than aspect of certain object and at one's feet of international law at Lex Mercatoria marked with merchandise which are agreement and related/relevant to problems of element at one's feet of international law have of course that Lex Mercatoria formed and its scope is international scale able to be seen from forms of Lex Mercatoria like UCP and UNCITRAL as Modern form Lex Mercatoria.*

Keywords: *Lex Mercatoria, International Trade, Agreement*

Abstrak: *Lex Mercatoria seringkali digunakan oleh pelaku bisnis dan pengacara dalam menyusun kontrak, arbiter, atau hakim dalam melakukan penyelesaian sengketa bisnis. Lex Mercatoria dapat dikategorikan sebagai perjanjian internasional dalam ruang lingkup treaty contract. Hal ini dikarenakan Lex Mercatoria merupakan prinsip dari perjanjian kontrak dari para pembuat perjanjian khususnya dalam hukum perdata internasional. Dari aspek objek tertentu dan tunduk pada hukum internasional pada Lex Mercatoria ditandai dengan barang dagangan yang diperjanjikan dan terkait permasalahan unsur tunduk pada hukum internasional sudah tentu bahwa Lex Mercatoria dibentuk dan ruang lingkungannya adalah skala internasional yang dapat dilihat dari bentuk-bentuk Lex Mercatoria seperti UCP dan UNCITRAL sebagai wujud Lex Mercatoria Modern.*

Kata Kunci: *Lex Mercatoria, Perdagangan Internasional, Perjanjian Internasional*

PENDAHULUAN

Lex Mercatoria pada awalnya merupakan sebuah peraturan dan prinsip-prinsip yang dibuat untuk mengatur urusan perdagangan internasional. Sejak 300 tahun sebelum masehi, prinsip ini sudah diterapkan dalam praktek atau kebiasaan perdagangan di wilayah Mediterania.¹

Istilah *Lex Mercatoria* kemudian muncul kembali sejak abad ke 16-17, yang lahir sebagai istilah lembaga dalam hubungan dagang antara para pedagang di pusat-pusat perdagangan penting di Eropa berdasarkan ketentuan-ketentuan yang berlaku dan praktik-praktik pada hubungan dagang yang berkembang pada masa itu. Alasan para pedagang menggunakan

¹ Huala Adolf. *Arbitrase Komersial Internasional (Edisi Revisi)*. P.T. Raja Grafindo Persada, Jakarta. 2002. Hal. 53.

istilah tersebut, dikarenakan ketentuan hukum nasional belum banyak mengatur mengenai hubungan dagang antar negara, sementara di lain sisi, hubungan dagang yang terjadi antar negara berkembang sangat pesat.

Dalam perkembangannya *Lex Mercatoria* mendapat tanggapan positif dari banyak negara. Namun penerimaan itu kemudian justru menimbulkan kekhawatiran, ketika akan dimasukkan ke dalam hukum nasional masing-masing negara, *Lex Mercatoria* harus mengalami penyesuaian dengan hukum dagang pada negara yang bersangkutan. Selain itu peranan hakim nasional yang akan menerapkannya juga sangat member pengaruh terhadap penerapan ketentuan ini. Hal ini menyebabkan ketentuan-ketentuan mengenai perdagangan menjadi tumbuh agak kaku dalam artian, sangat formal dan prosesnya agak lama.

Pada akhir abad ke-20, muncul sarjana-sarjana yang berupaya menghidupkan kembali lembaga ini, hal ini dilakukan dalam upaya menjawab kebutuhan hukum dalam menyelesaikan sengketa dagang yang tidak atau belum diantisipasi oleh hukum nasional. Pedagang mengkehendaki agar proses penyelesaian dapat lebih cepat dan adil. Kehendak para pedagang ini, terjawab oleh kehadiran badan arbitrase sebagai wadah penyelesaian sengketanya dan *Lex Mercatoria* sebagai sumber hukumnya.

Selanjutnya *Lex Mercatoria* ini digunakan pelaku bisnis dan pengacara dalam menyusun kontrak, arbiter, atau hakim dalam melakukan penyelesaian sengketa bisnis. Prinsip ini dalam kepustakaan sering disebut sebagai hukum kebiasaan yang berlaku dalam praktik bisnis sehari-hari.² Seiring dengan perkembangan zaman, lembaga-lembaga internasional ternyata telah melakukan upaya pembinaan dan pembaruan hukum dengan cara mengumpulkan prinsip-prinsip hukum yang berkembang di dalam praktik melalui putusan hakim dan arbiter. Lembaga-lembaga itu seperti UNIDROIT, ICC, dan lembaga-lembaga PBB, misalnya UNCITRAL untuk dijadikan bahan pembuatan aturan yang dapat menjawab persoalan bisnis sehari-hari.

Selanjutnya prinsip-prinsip hukum ini yang telah disistematiskan sehingga menjadi *New Lex Mercatoria*, tetapi tidak semua lembaga arbitrase baik yang bersifat nasional maupun internasional menggunakan *Lex Mercatoria* sebagai sumber hukumnya.³ Meskipun pada hakikatnya, *Lex Mercatoria* merupakan wujud dari praktik dan kebiasaan para pedagang.

Belum diketahui mengapa lembaga-lembaga arbitrase tersebut tidak menggunakan prinsip *Lex Mercatoria* ini dalam penyelesaian sengketa yang diberikan kepadanya. Dewasa ini hanya hanya *International Chambers Of Commerce* (ICC) yang berkedudukan di Perancis yang menggunakan *Lex Mercatoria* sebagai sumber hukumnya yang terdapat di rule lembaga ini dan sebagai pemrakarsa *Uniform Custom and Practise for Documentatry Credit* (UCP)

² Lihat Taryana Soenandar. *Prinsip-Prinsip Unidroit*, Sinar Grafika. Jakarta. 2004.

³ *Ibid.*, Hal. 107.

yang merupakan konvensi yang menerapkan *Lex Mercatoria* serta *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT).⁴ Selain itu lembaga arbitrase yang menerapkan kebiasaan ini yang tersirat di konvensinya atau dalam putusannya.

Setelah adanya putusan arbitrase yang dikeluarkan oleh lembaga arbitrase yang telah disepakati para pihak yang bersengketa baik berdasarkan klausula arbitrase maupun setelah adanya sengketa. Putusan arbitrase ini perlu adanya pelaksanaan putusan yang dilaksanakan di negara tempat kepentingan para pihak.

Pelaksanaan putusan ini dilakukan oleh badan pengadilan suatu negara di tempat putusan tersebut seharusnya dijalankan. Badan pengadilan tersebut berkewajiban melaksanakan putusan tersebut dengan berdasarkan putusan yang dikeluarkan oleh Lembaga Arbitrase yang telah disepakati oleh para pihak yang bersengketa.⁵ Pelaksanaan putusan tersebut bertujuan untuk menetapkan putusan lembaga tersebut sehingga berkekuatan hukum di negara tempat pelaksanaan putusan. Selanjutnya kadang salah satu pihak yang menolak putusan tersebut mengajukan permohonan penolakan putusan di badan pengadilan yang berwenang mengadili penolakan tersebut.

Di Indonesia sendiri, penyelesaian sengketa melalui arbitrase sudah dikenal dan telah diratifikasi, yakni dengan adanya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999. Di samping itu Indonesia juga memiliki Badan Arbitrase Internasional (BANI) yang menyelesaikan sengketa arbitrase antara kedua belah pihak yang bersengketa. Indonesia masih belum memiliki kejelasan terkait penerapan prinsip-prinsip perdagangan internasional khususnya *Lex Mercatoria*. Oleh karena itu, sangat dibutuhkan kajian khusus terutama terkait penerapan *Lex Mercatoria* sebagai salah satu sumber hukum internasional.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Istilah *Lex Mercatoria* dapat ditemukan di kamus hukum *Black Law Dictionary*, dalam kamus tersebut dijelaskan bahwa:

*Lex Mercatoria is a system of customary law that developed in Europe during the middle ages and regulated the dealings of mariners and Europa merchants in all the commercial countries of the world until 17th century.*⁶

Selain itu, pengertian *Lex Mercatoria* ini juga dikemukakan oleh beberapa pakar perdagangan dan Arbitrase Internasional. Salah satu pakar yang memberikan definisi adalah Cf. Cremades dan Plehn, menurutnya *Lex Mercatoria* adalah ketentuan-ketentuan hukum kebiasaan atau berdasarkan praktik-praktik perdagangan yang sudah umum di gunakan.⁷

4 Huala Adolf. *Op.cit.*, Hal. 71.

5 Gunawan Wijaya., *Op. cit.* Hal. 143.

6 Bryan A. Garnet dan Thompson. 1978. *Black Law Dictionary*. St. Paul Minn, West Publishing Co.

7 Huala Adolf, *Op. Cit.* Hal. 50.

Menurut beberapa pakar, prinsip ini lahir dari putusan arbitrator. Benard Audit,⁸ salah satu pakar hukum internasional mengemukakan bahwa:

“The Lex Mercatoria id a body of spontaneous law created standard commeeecial practices and arbitral decisions.”

Lex Mercatoria dalam latin ekspresi dipandang sebagai prinsip perdagangan yang digunakan oleh pedagang diseluruh Eropa di abad pertengahan. Arti harafiah “Hukum Dagang” berkembang sebagai sistem adat dan praktik terbaik yang ditegakkan melalui sistem pengadilan pedagang di sepanjang rute utama perdagangan, yang berfungsi sebagai hukum perdagangan internasional.⁹

Selanjutnya Schewebel mengartikan *Lex Mercatoria* sebagai kebiasaan-kebiasaan komersil internasional atau prinsip-prinsip hukum internasional publik yang diakui dan hukum arbitrase internasional. Sedangkan *Lex Mercatoria* menurut Berthold Goldman yang merupakan sarjana terkemuka yang dianggap pelopor dalam mengangkat kembali *Lex Mercatoria*, memberikan pengertian bahwa *Lex Mercatoria* adalah hukum yang berlaku pada hubungan-hubungan ekonomi internasional.¹⁰

Bentuk-Bentuk *Lex Mercatoria*

Penerapan *Lex Mercatoria* ada yang secara keseluruhan diterima, namun ada juga yang meneima hanya pada berbagai aspek tertentu saja, misalnya hanya pada aspek perkapalan atau aspek perbankan saja. adapun bentuk-bentuk *Lex Mercatoria* terdiri dari:

a. Bentuk yang terkodifikasi

Bentuk ini berupa praktik-praktik dalam perdagangan internasional dan instrument-instrumen perjanjian internasional yang terkodifikasi. praktik-praktik ini sudah dianggap umum dan merupakan bentuk *new Lex Mercatoria* atau biasa juga disebut sebagai *Lex Mercatoria Modern*. *Lex Mercatoria Modern* ini memiliki perbedaan karakter dengan *Lex Mercatoria*. Karakter tersebut, antara lain:¹¹

1. *Lex Mercatoria Modern* bersifat transnasional. Komunitas perdagangan internasional telah membuat transaksi perdagangan internasional sebagai bagian dari hukum kebiasaan yang bukan merupakan bagian hukum nasional setiap negara. kebutuhan yang dimiliki komunitas perdagangan internasional mengakibatkan dibutuhkanannya aturan perdagangan internasional yang universal.
2. *Lex Mercatoria Modern* membuat bentuk-bentuk kontrak standar baru. pengembangan bentuk-bentuk kontrak standar merupakan bukti telah tumbuh hukum baru. sebagai contoh, ada berbagai jenis kontrak yang dikeluarkan oleh asosiasi perdagangan

8 Benard Audit. 1999, *The Vienna Sales Convention and the lex Mercatoria*. Hal. 51.

9 Dikutip pada laman website: [www.wikipedia.com/Lex Mercatoria](http://www.wikipedia.com/Lex_Mercatoria)

10 Huala Adolf. *Op. Cit.* Hal. 51.

11 *Ibid.*

internasional, misalnya oleh ICC atau UNCITRAL.

3. *Lex Mercatoria modern* memenuhi kebutuhan sumber hukum perdagangan internasional yang tidak terdapat dalam hukum nasional.
4. *Lex Mercatoria Modern* merupakan kodifikasi yang terdiri dari norma-norma hukum, praktik-praktik kebiasaan yang dikodifikasi ke dalam suatu peraturan yang dihimpun oleh organisasi internasional.
5. Sebagian besar sengketa hukum dagang internasional yang diselesaikan melalui sebuah pengadilan arbitrase. Kontrak perdagangan internasional biasanya menyiratkan klausul arbitrase sebagai penyelesaian sengketa.

Adapun bentuk-bentuk *Lex Mercatoria* yang terkodifikasi adalah:

1. *Uniform Costume and Practise* (UCP)

Bentuk kodifikasi ini biasanya dilakukan pada suatu transaksi yang melibatkan lebih dari salah satu pihak yang bertransaksi yang tunduk kepada hukum dari negara yang berbeda, dan dalam transaksi yang bersangkutan para pihak menginginkan agar kontrak yang mereka buat tunduk kepada hukum dari negara mereka dan terhadap pihak-pihak dari negara besar yang telah maju, lazimnya lebih merasa superior sehingga seringkali memaksakan kehendaknya agar kontrak yang dibuat itu tunduk pada pihak yang superior tersebut.¹²

2. *International Institute for the Unification of Private Law*

Dewasa ini, salah satu hukum internasional yang seringkali dipergunakan dalam perjanjian internasional adalah *the UNIDROIT Principle of International Commercial Contracts* (UNIDROIT Principle), yang seringkali juga disebut sebagai *Lex Mercatoria*. lembaga ini adalah salah satu lembaga internasional, non-pemerintah yang seringkali melakukan penelitian dan publikasi terkait dengan hukum perdata, termasuk di dalamnya hukum perdata internasional, yang meliputi juga transaksi beli internasional.

b. Bentuk yang tidak terkodifikasi

Dalam ketentuan hukum yang tidak terkodifikasi ini terdapat kebiasaan-kebiasaan yang oleh para pedagang dalam konteks internasional dijadikan sebagai petunjuk bagi pedagang yang tidak terkodifikasi.¹³ Kebiasaan-kebiasaan ini adalah suatu praktik perdagangan yang dijalankan oleh para pedagang dan diterima oleh umum. tetapi dalam kebiasaan-kebiasaan ini ada pula yang tidak jelas, dan ketentuan itu masih dipertanyakan apakah bisa masuk dalam prinsip ini. adapun bentuk-bentuk lain *Lex Mercatoria* yang tidak terkodifikasi adalah sebagai berikut:

¹² Gunawan Wijaya, 2003, *Transaksi Bisnis Internasional*, Raja Grafinso, Jakarta. Hal. 33.

¹³ Huala Adolf. *Op. Cit.* Hal. 59.

1. Klausul-klausul dalam kontrak internasional

Prinsip-prinsip *Lex Mercatoria* dapat dilihat dalam klausul-klausul kontrak internasional yang tidak menggunakan hukum nasional, namun menerapkan prinsip-prinsip umum dan kebiasaan dalam perdagangan internasional. Meskipun klausul-klausul tersebut tidak menggunakan hukum nasional, namun di dalam praktiknya klausul-klausul tersebut tidak dapat menghalangi arbitator untuk melihat kepada suatu hukum nasional.¹⁴

2. Aturan-aturan yang dipakai atau yang diterapkan dalam putusan-putusan pengadilan internasional

Menurut Berthold Goldman, peradilan-peradilan arbitrase Internasional menerapkan juga secara langsung prinsip *Lex Mercatoria* ini. misalnya saja dalam hal suatu kontrak komersial internasional tidak mencantumkan klausul pilihan hukum yang akan diberlakukan terhadap kontrak tersebut, maka putusan arbitrasenya akan menerapkan *rule of law* atau kebiasaan yang terdapat dalam perdagangan (*Lex Mercatoria*).

Unsur-Unsur *Lex Mercatoria*

Di dalam melaksanakan *Lex Mercatoria*, terdapat unsur-unsur yang berfungsi sebagai petunjuk untuk menolong arbitrase dalam melaksanakan tugasnya. menurut Ole Lando, unsur-unsur *Lex Mercatoria* dalam praktik arbitrase komersial yang berperan cukup penting adalah sebagai berikut:¹⁵

1. Hukum Internasional Publik;
2. Ketentuan Hukum yang seragam;
3. Prinsip-prinsip Hukum Umum;
4. Berbentuk Kontrak Standar;
5. Laporan-Laporan Putusan Arbitrase; dan
6. Praktik Negara.

Arbitrase Internasional

a. Pengertian Arbitrase Internasional

Secara historis, dapat dikatakan bahwa tahap penting perkembangan arbitrase terjadi pada konferensi Den Haag 1899. Konferensi tersebut telah berhasil membuat Konvensi Internasional pertama mengenai penyelesaian secara damai sengketa-sengketa internasional. Konvensi ini disempurnakan oleh Konvensi 1907, yang merupakan suatu kemajuan dari perkembangan arbitrase. Perkembangan ini bertambah pesat lagi setelah diterimanya ketentuan umum Arbitrase oleh Majelis Liga bangsa-bangsa pada tanggal 26 September

¹⁴ *Ibid.* Hal. 80.

¹⁵ Ole Lando. 1985. *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*. Hal. 60.

1928. Setelah berakhirnya perang dunia ke II, arbitrase tetap berkembang dengan dibuatnya konvensi-konvensi regional tentang penyelesaian secara damai sengketa-sengketa terutama konvensi Eropa 1957.¹⁶

Peranan badan Arbitrase internasional di dalam menyelesaikan sengketa-sengketa bisnis di bidang perdagangan internasional maupun nasional semakin penting. banyak kontrak nasional dan internasional memasukkan klausula arbitrase, dan memang kalangan bisnis, cara penyelesaian sengketa melalui badan ini member keuntungan sendiri dari pada melalui badan peradilan nasional.¹⁷

Berdasarkan Pasal 33 Piagam PBB, pihak-pihak yang tersangkut mungkin membahayakan pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional, pertama-tama harus mencari penyelesaian dengan cara perundingan, penyelidikan, mediasi, konsiliasi, arbitrase, penyelesaian menurut hukum melalui badan-badan atau pengaturan-pengaturan regional atau dengan cara damai yang mereka pilih sendiri. dari ketentuan tersebut tampak jelas bahwa arbitrase sebagai salah satu penyelesaian sengketa nasional dan internasional telah diakui eksistensinya oleh masyarakat internasional.¹⁸

b. Sumber Hukum Arbitrase Internasional

Sumber-sumber hukum arbitrase komersial internasional ada umumnya bersumber pada konvensi-konvensi internasional. Secara umum yang dapat menjadi sumber hukum arbitrase Internasional adalah sebagai berikut:

- a. Hukum Internasional publik;
- b. Ketentuan-Ketentuan Hukum yang seragam;
- c. Prinsip-prinsip hukum umum;
- d. Ketentuan-ketentuan hukum yang dikeluarkan oleh organisasi internasional; dan
- e. Kebiasaan-kebiasaan dalam perdagangan internasional.

Lex Mercatoria Sebagai Sumber Hukum Internasional

Berbicara mengenai sumber hukum Internasional maka terlebih dahulu perlu diketahui secara jelas mengenai sumber-sumber hukum Internasional yang diakui oleh hukum internasional dan para pedagang serta masyarakat internasional. Menurut Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional ditentukan bahwa:

The Court, whose function is to decide in accordance with International law such dispute as are submitted to it, shall apply:

- a) *International Convention, wheter general or particular, establishing rules expressly recognized by contesting states;*

16 Boer Mauna. 2005. Hukum Internasional. Pengertian, Peranan, dan Fungsi dalam Era Dinamika Global Edisi ke-2, Alumni, Bandung. Hal. 233.

17 Huala Adolf. *Op.cit.* Hal. 1.

18 *Ibid.* Hal. 6.

- b) International custom, as evidence of a general practice accepted as law;*
- c) the general principle of law recognized by civilized nation;*
- d) Judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rule of law.*

Selanjutnya berdasarkan statute di atas, maka dapat disimpulkan bahwa sumber-sumber hukum internasional mencakup:

a. Perjanjian Internasional (Konvensi)

Berdasarkan Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional atau treaty adalah suatu persetujuan yang dibuat antara negara dalam bentuk tertulis dan diatur oleh hukum internasional, baik dalam instrument tunggal atau dua, atau lebih instrument yang berkaitan dan apapun nama yang diberikan padanya.¹⁹ Sedangkan menurut pendapat lain perjanjian internasional adalah kata sepakat antara dua atau lebih subjek hukum internasional mengenai suatu objek atau masalah tertentu dengan maksud untuk membentuk hubungan hukum atau melahirkan hak dan kewajiban yang di atur oleh hukum internasional. Selanjutnya berdasarkan pengertian di atas, maka dapat dijabarkan beberapa unsur atau kualifikasi yang harus terpenuhi suatu perjanjian untuk dapat disebut sebagai perjanjian internasional, yakni: ²⁰

- i. Kata sepakat;
- ii. Subjek-Subjek Hukum;
- iii. Berbentuk tertulis;
- iv. Obyek tertentu; dan
- v. Tunduk pada Hukum Internasional.

Berdasarkan pengertian di atas, maka dapat disimpulkan bahwa *Lex Mercatoria* dapat dikategorikan sebagai perjanjian internasional dalam ruang lingkup *treaty Contract*. Hal ini dikarenakan *Lex Mercatoria* merupakan prinsip dari perjanjian kontrak dari para pembuat perjanjian khususnya dalam hukum perdata internasional. Selain itu, berdasarkan pada kualifikasi suatu perjanjian internasional dari kelima kualifikasi tersebut, seperti kata sepakat, hal ini dapat dilihat pada *Lex Mercatoria* yang memiliki bentuk-bentuk perjanjian yang harus membutuhkan kata sepakat dari para pedagang. Selanjutnya, untuk subjek-subjek hukum dan berbentuk tertulis dari *Lex Mercatoria*, terlihat dari negara dan individu, yakni para pedagang yang berasal dari negara yang bertindak sebagai individu pedagang itu sendiri. Perjanjian-perjanjian yang dilakukan para pedagang tersebut hampir seluruhnya dalam bentuk tertulis, meskipun pada zaman dahulu masih ada yang berbentuk tidak tertulis.

Dari aspek objek tertentu dan tunduk pada hukum internasional pada *Lex Mercatoria* ditandai dengan barang dagangan yang diperjanjikan dan terkait permasalahan unsur tunduk

¹⁹ Malcom D. Evans. 2001. Statutes Blackstone's International Law Documents, Blackstone Press Edition. Hal. 123.

²⁰ I Wayan Parthiana. 2002. Hukum Perjanjian Internasional. Mandar Maju, Bandung. Hal. 12.

pada hukum internasional sudah tentu bahwa *Lex Mercatoria* dibentuk dan ruang lingkupnya adalah skala internasional yang dapat dilihat dari bentuk-bentuk *Lex Mercatoria* seperti UCP dan UNCITRAL sebagai wujud *Lex Mercatoria Modern*.

b. Kebiasaan Internasional

Hukum kebiasaan internasional menurut Boer Mauna,²¹ berasal dari praktek negara-negara melalui sikap dan tindakan yang diambilnya terhadap suatu persoalan. Bila suatu negara mengambil suatu kebijaksanaan tersebut diikuti oleh negara-negara lain dan dilakukan berkali-kali serta tanpa adanya protes atau tantangan dari pihak lain maka secara berangsur-angsur terbentuklah suatu kebiasaan. Terbentuknya suatu hukum kebiasaan didasari oleh praktik yang sama, dilakukan secara konstan, tanpa adanya pihak yang menantang serta diikuti oleh banyak negara. Dengan cara demikian maka terbentuk hukum kebiasaan yang makin lama makin kuat dan berlaku secara universal karena diikuti oleh hampir semua negara di dunia. Menurut Van Hoof, ada dua unsur pembentuk kebiasaan internasional, yakni sebagai berikut:²²

i. Unsur *Usus*

Unsur ini terjadi tahap awal dari suatu unsur kebiasaan. Pada tahap ini, digambarkan isi dari suatu peraturan atau kebiasaan internasional. Pada tahapan ini yang terjadi adalah penggambaran suatu tipe perilaku tertentu tanpa menyinggung masalah apakah kebiasaan itu memiliki sifat mengikat atau tidak. Dalam bahasa praktik suatu peraturan atau kebiasaan itu dibentuk, dirumuskan, digambarkan, atau diciptakan, unsur ini juga dinamakan dalam tahap formatif.

ii. Unsur *Opinio Juris*

Pada tahapan ini, negara-negara yang bersangkutan yang menerima suatu kebiasaan sedang membentuk kehendak agar suatu peraturan hukum atau tahapan pengembangan kehendak untuk membuat suatu peraturan menjadi hukum. tahapan ini merupakan tahapan internal yang merupakan tahapan untuk proses negara-negara agar melakukan kehendak untuk terikat.

Berdasarkan penjelasan di atas, dapat disimpulkan bahwa *Lex Mercatoria* juga memiliki unsur yang sama sebagaimana dikemukakan di atas. Proses *Lex Mercatoria* yang dilakukan oleh para pedagang secara berulang-ulang merupakan bukti praktik umum yang diterima sebagai hukum kalangan para pedagang. Proses ini adalah tahapan *usus* yang disebut dalam unsur kebiasaan internasional dan merupakan penafsiran dari statute mahkamah internasional. Sedangkan tahapan *Opinio Juris* dalam pembentukan *Lex Mercatoria* sebagai

21 Van Hoof, Dialih bahasakan oleh Hatta, *Pemikiran Kembali Sumber-Sumber Hukum Internasional*, PT. Alumni, Bandung. Hal. 173.

22 *Ibid*, Hal. 174.

bukti salah satu hukum kebiasaan internasional adalah setelah ada pengulangan dalam tahapan *usus* dilanjutkan dengan pembentukan suatu kebiasaan yang berulang itu ke dalam bentuk peraturan internasional. Peraturan Internasional ini dalam *Lex Mercatoria* dapat dilihat pada aturan-aturan yang terbentuk dari suatu kebiasaan, seperti dalam UCP, rule ICC dan aturan-aturan lain yang didasarkan pada *Lex Mercatoria*.

c. Prinsip-prinsip Hukum Umum

Sumber ketiga hukum internasional adalah prinsip-prinsip hukum umum yang berlaku dalam seluruh atau sebagian besar hukum nasional negara-negara. Walaupun hukum nasional berbeda dari satu negara ke negara lain, namun prinsip-prinsip pokoknya tetap sama. Prinsip-prinsip umum yang dimabil dari sistem-sistem nasional ini dapat mengisi kekosongan yang terjadi dalam hukum internasional. Prinsip-prinsip hukum administrasi dan perdagangan, ganti rugi dan kontrak kerja di ambil dari sistem nasional untuk mengatur kegiatan yang sama dalam kerangka internasional.²³

Sumber hukum ini cukup penting dalam hukum ekonomi Internasional, terutama jika dipandang sebagai suatu sumber yang memungkinkan sahnya kontrak-kontrak yang dilakukan pihak swasta. Di samping itu sumber hukum ini dipandang pula sebagai suatu sistem hukum yang memungkinkan untuk dipilih oleh suatu kontrak yang keabsahannya didasarkan pada hukum nasional. Prinsip-prinsip hukum umum ini memiliki 2 arti penting: Pertama, arti *procedural*, menjelaskan bahwa suatu metode untuk menciptakan aturan-aturan hukum internasional atau dengan memakai istilah yang digunakan dalam studi ini, suatu bentuk tertentu dari manifestasi persetujuan (*consent*) dan penerimaan (*acceptance*) dari negara-negara. Kedua, adalah arti material, hal ini merujuk pada nilai instrinsik dari isi subjektif suatu peraturan tertentu. Artian ini menganalisa terhadap prinsip-prinsip umum yang menjurus pada pembicaraan mengenai persoalan hierarki norma-norma hukum internasional. Dalam artian memiliki suatu arti yang spesifik, bagi para ahli hukum memiliki arti yang khusus sekalipun tidak selamanya jelas.

d. Keputusan Peradilan dan Doktrin Para Pakar

Sumber hukum yang keempat ini memainkan peranan yang cukup penting dalam membantu pembentukan norma-norma baru hukum internasional. Dalam Statuta Pasal 38 (1d) ditentukan bahwasan sumber hukum yang ke empat yang digunakan Mahkamah Internasional untuk mengadili sengketa adalah putusan peradilan dan pendapat para pakar atau tokoh kenamaan (*teaching of the most highly qualified*) dari setiap negara. Keputusan-keputusan Mahkamah Internasional misalnya dalam sengketa-sengketa ganti rugi dan penangkapan ikan telah memasukkan unsur-unsur baru ke dalam hukum internasional yang selanjutnya mendapatkan persetujuan negara-negara secara umum. Di samping itu karya

23 Boer Mauna. *Op.cit.* Hal. 11.

tokoh-tokoh keamanan dapat memainkan peranan penting dalam proses pembentukan ketentuan-ketentuan hukum.

Putusan-putusan badan peradilan sebelumnya, baik nasional atau internasional, di bidang hukum ekonomi internasional masih relative sedikit. Hukum ekonomi internasional sendiri tidak menganut asas jurisprudensi sebagaimana halnya yang dikenal dalam sistem hukum *common law*. Artinya, putusan-putusan hakim yang dikeluarkan sebelumnya hanya berlaku untuk sengketa yang bersangkutan saja. ia tidak mengikat sengketa-sengketa yang kemudian lahir. Dapat dikatakan bahwa putusan-putusan tersebut hanya memiliki kekuatan memberikan pengaruh sebagai bahan pertimbangan saja, dan tidak memberikan keharusan untuk mengikuti putusan tersebut.

PENUTUP

Berdasarkan empat sumber hukum internasional yang terdapat pada Statuta Mahkamah Internasional yang digunakan sebagai acuan untuk mengadili kasus-kasus yang ditanganinya, maka *Lex Mercatoria* dapat dikategorikan dalam kategori konvensi internasional, dapat juga dikategorikan sebagai kebiasaan internasional, serta prinsip-prinsip hukum yang bersifat umum.

Lex Mercatoria pada dasarnya bermula dari suatu kebiasaan yang berulang, selanjutnya menjadi prinsip yang dijadikan sebagai acuan oleh para pedagang dan beberapa negara serta akhirnya menjadi suatu peraturan dalam bentuk konvensi *treaty*. Sedangkan sebagai sumber keputusan peradilan dan doktrin, tidak tepat kiranya *Lex Mercatoria* dikategorikan ke dalam sumber tersebut, mengingat bahwa *Lex Mercatoria* hanya digunakan sebagai acuan teoritis dan tambahan saja.

DAFTAR PUSTAKA

- Benard Audit. 1999, *The Vienna Sales Convention and the lex Mercatoria*.
- Boer Mauna. 2005. *Hukum Internasional. Pengertian, Peranan, dan Fungsi dalam Era Dinamika Global Edisi ke-2*, Alumni, Bandung.
- Malcom D. Evans. 2001. *Statutes Blackstone's International Law Documents*, Blackstone Press Edition.
- Bryan A. Garnet dan Thompson. 1978. *Black Law Dictionary*. St. Paul Minn, West Publising Co.
- Gunawan Wijaya, 2003, *Transaksi Bisnis Internasional*, Raja Grafinso, Jakarta.
- Huala Adolf. 2002, *Arbitrase Komersial Internasional (Edisi Revisi)*. P.T. Raja Grafindo Persada, Jakarta.

- I Wayan Parthiana. 2002. *Hukum Perjanjian Internasional*. Mandar Maju, Bandung.
- Ole Lando. 1985. *The Lex Mercatoria in International Comercial Arbitration*.
- Taryana Soenandar. 2004. *Prinsip-Prinsip Unidroit*, Sinar Grafika. Jakarta.
- Van Hoof, Dialih bahasakan oleh Hatta, *Pemikiran Kembali Sumber-Sumber Hukum Internasional*, PT. Alumni, Bandung.

**PENEGASAN ALAS HAK PENGUASAAN
FISIK TURUN-TEMURUN DALAM PRAKTIK
PENDAFTARAN TANAH**

Farida Patittingi

**PENGAKUAN MASYARAKAT ADAT
TERHADAP SERTIFIKAT HAK ATAS TANAH
DALAM HUKUM ADAT PAPUA**

Ilham Marowa

**KEWENANGAN NOTARIS TERHADAP
PEMBUATAN AKTA YANG BERKAITAN
DENGAN PERTANAHAN**

Muhammad Alam Nur

**PENYELESAIAN SENGKETA PERKAWINAN
ISLAM DALAM BINGKAI HUKUM
ACARA PERDATA BARAT**

Muh. Arfin Hamid dan Abdullah Gofar

**STATUS KEPEMILIKAN DAN FUNGSI TANAH
DALAM PERSEKUTUAN HIDUP
MASYARAKAT ADAT**

Muhammad Ilham Arisaputra

**PELAKSANAAN KEWARISAN ISLAM PADA
MASYARAKAT MUSLIM TERHADAP
HARTA PUSAKA RENDAH**

Megie Oktavia

**KEDUDUKAN AHLI WARIS PENGGANTI
MENURUT KOMPILASI HUKUM ISLAM
DI INDONESIA**

Nyssa Rae Noamidia Juda

**PERLINDUNGAN HUKUM PRODUK KHAS
DAERAH SEBAGAI INDIKASI GEOGRAFIS**

Muh. Nur Udpa

**KONSEP IDEAL PENERAPAN HUKUM
PERJANJIAN PADA BANK SYARIAH
DI INDONESIA**

Abdurrahman Konoras



Fakultas Hukum
Universitas Hasanuddin

JURNAL ILMU HUKUM amanna gappa

**Amanna Gappa adalah
nama kitab hukum
terkenal yang disusun
Matoa (pemimpin)
Wajo bernama Amanna
Gappa tahun 1679
berisikan hukum laut,
pelayaran dan hukum
perdata sebagai
pedoman di kawasan
nusantara.**